Ist die Beamtenanstellung ein Vertrag?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Jobst Wilhelm Herrmann
Gerichtsreferendar aus Alsleben a/Saale.

Marburg 1932

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 28. 7. 1932.

Berichterstatter: Prof. Dr. jur. Dr. phil. Felix Genzmer.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen Eltern in Dankbarkeit gewidmet.

Schrifttum.

Anschütz: Deutsches Staatsrecht, in v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. 2. Aufl. Berlin 1914, Bd. IV S. 1 ff.

Anschütz: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen (Triepel). Besprechung in JW. 1927, 427 ff.

Apelt: Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht. Leipzig 1920.

Arndt, A: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin O1.

Arndt, A: Reichsbeamtengesetz. 1923.

auctor voti in Schlössers Staatsanzeiger Heft 29 (1785).

Begemann: Die rechtliche Natur des Eingriffs in den Reichsstaatsdienst bezw. die Verleihung eines Reichsamtes. Münster, Diss. 1906.

Bornhak: Preußisches Staatsrecht II. 2. Aufl, Breslau 1912.

Bluntschli: Allgemeine Staatslehre 6. Aufl. 1886.

Brand: Das Reichsbeamtengesetz. 2 Aufl. 1907.

Brand: Das Beamtenrecht, 3 Aufl. 1928.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte I, 2 Aufl. 1906. II, 2. Aufl. 1928.

Brauchitsch: Verwaltungsgesetze in Preußen. 1930, Bd. VIII.

Buddeberg: Rechtssoziologie des öffentlichrechtlichen Vertrages, im Arch. ö. R. NF. 8 (1925), 85 ff.

Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung. Berlin 1914.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I, 4. Aufl. Jena 1903.

Daniels: Begründung und Beendung des Beamtenverhältnisses, im Handbuch des deutschen Staatsrechts 1930, Bd. II.

Dantscher v. Kollesberg: Die politischen Rechte der Untertanen, Wien 1888-94

Delius: Die Stellung der Beamtenschaft im neuen Staat. Berlin 1922.

Dernberg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts II. 5. Aufl. Halle 1897.

Finger: Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1923.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1928.

Friedrichs: Preußisches Kommunalbeamtenrecht. 1926.

v. Gerber: Die Grundzüge des deutschen Staatsrechts. 3. Aufl. Leipzig 1880.

v. Gierke, Otto: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft Berlin 1868 (I).

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht Bd. I 1895; Bd. II 1905.

v. Gierke: Die Wurzeln des Dienstvertrages, in der Festschrift für Brunner, S. 37 ff. Berlin 1914.

Giese-Neuwiehm-Kahn: Deutsches Verwaltungsrecht. 1930.

v. Gönner: Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie. Landshut 1808.

Görres: Das Reichsbeamtengesetz. Berlin 1908.

Gumplovicz: Rechtsstaat und Sozialismus.

Hatscheck: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. Leipzig-Erlangen 1930.

Herrmann: Was ist Beamtentum? Berlin 1925.

v. Hippel: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Berlin 1924.

Herrnritt: Oesterreichisches Verwaltungsrecht. Tübingen 1925.

Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. Tübingen 1921.

Holliger: Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht. Diss. Zürich 1904.

Hue de Grais-Peters: Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und im Deutschen Reich. 23. Aufl.
Husserl: Rechtskraft und Rechtsgeltung. Berlin 1925.
Jaschkowitz: Der Vertrag im Beamtenrecht. Arch. ö. Recht NF 17 (1929), 321 ff.
Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1919.
Jellinek, Walter: Deutsches Verwaltungsrecht. Berlin 1931.
Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen Tübingen 1908.
Jellinek, Walter: Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, in der Festgabe für das preuß. OVG S. 84 ff, hrsg. von Triepel, Berlin 1925.
Jellinek, Walter: Die Rechtsformen des Staatsdienstes — Begriff und rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses, im Handbuch d. deutschen Staatsrechts Bd. II. S. 20. ff.
Kannengiesser: Kommentar zum Reichsbeamtengesetz.
Kaskel: Beamtenrecht und Arbeitsrecht, im Beamtenjahrbuch November Dezember 1926.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte Berlin 1910.
Kelsen: Allgemeine Staatslehre. 1925.
Klüber: Die Grundsätze des Beamtenrechts in der Rechtsprechung des OVG. Verwaltungsarchiv. 1926, 136-230.
Koellreutter: Artikel „Oeffentliches Recht" und „Staat" im Handb. d. Rechtswiss. von Stier-Somlo u. Elster.
Köttgen: Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie. Berlin-Leipzig 1928.
Köttgen: Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts in der Bedeutung des Beamtentums im Staate der Gegenwart, im Handbuch d. Staatsrechts, Bd. II. S. 1 ff.
Köttgen: Beamtenrecht und Arbeitsrecht, in den Mitteilungen des Jenaer Instituts f. Wirtschaftsrecht 1928 Nov.-Nummer S. 7 ff.
Laband: Deutsches Reichsstaatsrecht. 7. Aufl. Tübingen 1919.
Laband: Besprechung von: Preuß, „Städtisches Amtsrecht in Preußen", im Archiv ö. R. 18. (1903) S. 75 ff.
Lasinsky: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes. Diss. Breslau 1913.
Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts Leipzig 1884.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Leipzig 1924.
Mayer, Otto: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag. Arch. ö. R. Bd. 3 (1888) S. 1 ff.
Meissner: Das Staatsrecht des Reiches und seiner Länder. 1923.
Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht. 1928.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. München-Leipzig 1919.
Nawiasky: Die Stellung des Berufsbeamtentums im parlamentarischen Staat. München 1925.
Perels-Spilling: Das Reichsbeamtengesetz. 2. Aufl. Berlin 1906.
Perthes: Der Staatsdienst in Preußen. Ein Beitrag zum deutschen Staatsbeamtenrecht. Hamburg 1838.
Petruschke: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes. Diss. Breslau 1913.
Piloty: Streitfragen aus dem Beamtenrecht (zwei Gutachten) Arch. ö. R. 1915 S. 1 ff.
Potthoff-Schindhelm: Thüringisches Beamtenrecht mit Nebengesetzen. Jena 1922.
Preuß: Das städtische Amtsrecht in Preußen. Berlin 1902.
Rehm: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, historisch-dogmatisch dargestellt in Hirths Annalen des Deutschen Reiches 1884, 565 ff und 1885, 65 ff.

Frhr. v. Rheinbaben: Artikel „Beamte" in Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts, Bd 1, 358 ff 2. Aufl. Tübingen 1911.
v. Rönne-Zorn: Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 5. Aufl. Leipzig 1899.
Schmitthenner: Grundlinien des allgemeinen und idealen Staatsrechts. Gießen 1845.
Schoen: Deutsches Verwaltungsrecht, in Holtzendorffs-Kohlers Enzyklopädie d. Rechtswissenschaften Bd. IV 1914.
Schulze, H: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts Leipzig 1881.
Schwertfeger: Die Theorie der Beamtenanstellung unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt. Diss. Göttingen 1927.
Seuffert: Von den Rechtsverhältnissen des Staates und der Diener des Staates gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande. Würzburg 1793.
Seydel: Grundzüge der Allgemeinen Staatslehre. 1873.
Seidler: Die rechtliche Natur der Anstellung im öffentlichen Dienst, in der Ztschr. f. öffentl. Recht, Bd. 12 S. 298 ff.
Sievers: Der Rechtsschutz im Beamtenrecht. in Fischers Ztschr. f. Verwaltungsrecht 60 S. 217 ff.
v. Stein, Lorenz: Verwaltungslehre. 2. Aufl. Stuttgart 1869.
Stier-Somlo: Artikel „Verfassung und Verfassungsrecht" (S. 387) und „Verwaltung und Verwaltungsrecht" (S. 567) im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften 1926 Bd. VI.
Tezner: In Grünhuts Zeitschrift 21, 66.
Triepel: Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in der Festschrift f. Bildung II. Leipzig 1911.
Trautmann: Der Rechtscharakter der Beamtenanstellung unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung. Diss. Jena 1928.
Topphof: Rechtsstellung des deutschen Berufsbeamtentums. in der Ztschr. f. Beamtenrecht Bd. 4 (1932) S. 23 ff.
Vogels: Willensmängel bei der Beamtenanstellung. Verwaltungsarchiv 27 (1919), 247 ff.
Vogels: Der Kommunalbeamtenbegriff des preußischen Rechts. Verwaltungsarchiv 31, 10 ff, 49 ff.
Walz: Staatsrecht des Großherzogtums Baden. Tübingen 1909.
Wolfstieg: Beamtenreichsrecht. Berlin. 1921.
Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. 1895.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts.

Inhaltsangabe.

A. Einleitung: Begriff des Beamten. — Das Problem.
B. Geschichtlicher Teil.
I. Die geschichtlichen Grundlagen.
II. Wissenschaftliche Auffassung des Staatsdienstverhältnisses in früherer Zeit.
1. Die Zeit der privatrechtlichen Vertragstheorien: römisches oder deutsches Privatrecht?
2. Der Kampf zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Auffassung des Staatsdienstes: Privatrecht oder öffentliches Recht?
3. Die staatsrechtlichen Begründungstheorien: Einseitiger Staatsakt oder Vertrag?
4. Kritik.
C. Die neueren Lehren.
I. Darstellung der Lehren.
1. Vom öffentlichrechtlichen Vertrag (Laband).
2. Vom Verwaltungsakt.
a) Auf Unterwerfung (O. Mayer).
b) Zweiseitiger Verwaltungsakt (W. Jellinek)
II. Kritik und Ergebnis.
1. Kein Vertragsschluß, sondern Verwaltungsakt.
2. Weder Verwaltungsakt auf Unterwerfung noch zweiseitiger Verwaltungsakt, sondern mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt.

A. Einleitung.

Um etwaige Zweifel, die sich bei dem Ausdruck „Beamter" ergeben, von vornherein zu beseitigen, sollen zunächst Grundlagen und Ziel der hier verfolgten Bestrebungen klargestellt werden.

Man scheidet die Klasse der Dienstverpflichteten gewöhnlich in drei Hauptgruppen, in die der Arbeiter, der Angestellten und Beamten. Die letzte Gruppe wird im allgemeinen sehr weit gefaßt, da man hier von Reichs-, Staats-, Kommunalbeamten wie von Industrie-, Bank- und Gewerkschaftsbeamten spricht. Hier nun haben wir uns nur mit dem staatsrechtlichen Begriff zu beschäftigen, mit den öffentlichrechtlichen Beamten, genauer: mit den öffentlichrechtlichen Berufsbeamten.

Der neue Staat, auf dem Boden des alten Reiches enstanden, hat von diesem die Einrichtung des freiwilligen auf der Ernennung beruhenden Berufsbeamtentums übernommen, mit ihm auch die alte Streitfrage nach der rechtlichen Natur des Anstellungsaktes[1]). Nach wie vor steht dieses Problem nicht nur im Mittelpunkt der Lehre vom öffentlichen Beamtenrecht, sondern besitzt auch eine über diesen Rahmen hinausgehende Bedeutung. Denn abgesehen davon, daß seine Lösung auch andre Fragen fördern kann, berührt sie unmittelbar das staatsrechtliche Kernproblem des Verhältnisses zwischen dem Staat und seinen Untertanen. Bedenkt man, daß über die rechtliche Beurteilung des uns vorliegenden Tatbestandes bis heute keine Uebereinstimmung erzielt wurde, so scheint es begreiflich, daß die Rechtswissenschaft der jüngsten Zeit auch diese eine Zeit lang etwas vernachlässigte Aufgabe neuerdings aufgriff. Dabei versteht es sich von selbst, daß ihre Versuche unmittelbar an die Ergebnisse der älteren Forschung anknüpfen. Aus diesem Grunde scheint es uns auch notwendig, als Ausgangspunkt einen kurzen geschichtlichen Rückblick über den Entwicklungsgang des deutschen Beamtentums zu entwerfen, um zum vollen Verständnis der gegenwärtigen Lehrmeinungen zu gelangen. Denn wenn auch die früheste Entwicklung in weiter Ferne hinter uns liegt, so soll sie doch Berücksichtigung finden, nicht nur wegen des politisch-konservativen Erziehungswertes im Sinne des Wortes von Jakob Grimm: Ein Volk, das keine Vergangenheit haben will, hat auch keine Zukunft, sondern vornehm-

[1]) Vgl. Seidler, Z. öff. R. 12, S. 293 ff.

lich weil die Wandlungen der Geschichte gerade bezüglich unserer Frage zum Teil ihre Auswirkungen heute noch zeigen. Dabei glauben wir, aufzeigen zu können, daß im Laufe der Entwicklung bei den Theorien unvermerkt eine gewisse Verschiebung der Betrachtungsweise eingetreten ist, und daß nach dem heutigen Stand der Erkenntnisse eine Vereinigung der verschiedenen nur noch scheinbar entgegengesetzten Lehren möglich ist.

B. Geschichtlicher Teil.

I. Die geschichtlichen Grundlagen.

Die Entwicklung des Staatsdienertums hängt eng zusammen mit der Entwicklung des Staatsbegriffs überhaupt, oder wie Lorenz von Stein es ausdrückt, „das Prinzip des Staatsdienerrechts ist . . . innig mit der Entwicklung der Staatsidee verflochten [1]),“ d. h. ein Staatsgebilde ist Voraussetzung des Beamten. Dieser Gedanke zieht sich durch die ganze Arbeit; an ihm werden wir immer Richtpunkt und Halt finden.

Die germanischen Völkerschaften erscheinen bei ihrem Eintritt in die Geschichte als freie Genossenschaften mit genossenschaftlicher Selbstverwaltung [2]). Wenn *Begemann* [3]) in den Bevollmächtigten dieser Genossenschaften, nämlich in den aus Wahlen hervorgegangenen an ihrer Spitze stehenden reges und principes „Beamte“ und zwar Volksbeamte [4]) findet, so darf man nicht an den heute damit verbundenen Begriff denken. Denn da die Ausdrücke reges und principes ein Herrschaftsverhältnis von einzelnen über eine Gemeinschaft zum Ausdruck bringen, erscheinen sie nicht als Diener einer Personengesamtheit [5])[6]). Zum zweiten fehlt ein dem neueren Staat entsprechender Staatsbegriff den damaligen germanischen Völkerschaften vollkommen. Diese Volksbeamten haben auf die spätere Entwicklung auch keinen Einfluß, verdienen also lediglich geschichtliches Interesse. Allmählich jedoch ändert sich dies; die freien Genossenschaften wurden immer mehr zu straff zusammengefaßten Verbänden, schließlich zu „Herrschaftsverbänden“ [7]). Insbesondere fand während der Völkerwanderung die Herrschaftsidee eine mächtige Stütze in dem römischen Staatsbegriff. Die Könige erschienen daher nicht

[1]) L. von Stein, Verwaltungslehre 1896, S. 343.

[2]) Vgl. zum folgenden Gierke, Deutsch. Privatr. I, 29; Genossenschaftsr. I, 25; Begemann (Diss.), S. 5 ff; Lasinsky Diss., S. 2 ff; Petruschke, Diss., S. 1 ff.

[3]) Diss., S. 6.

[4]) Gierke, Deut. Privatr. I, S. 29, 90; Brunner, Deutsche Rechtsgesch. S. 129 ff.

[5]) Vgl. Brunner a. a. O. I, S. 164 ff.

[6]) Triepel, Festschr. f. Binding, S. 11.

[7]) Gierke, Genossenschaftsr. I, S. 89 ff.

mehr als bloße Beauftragte, sondern als Herren ihres Volkes, als Herrscher kraft eigenen Rechts. Sie setzen nunmehr auf der Grundlage der Vasallität [1]) und später der Ministerialität königliche Beamte ein, durch die die noch vorhandenen Volksämter zum größten Teil aufgesogen wurden. War mit der Entstehung des herrschaftlichen Königtums, wie es uns namentlich im Frankenreich entgegentritt, eine wesentliche Voraussetzung für die Entwicklung des Beamtentums dadurch gewonnen, daß überhaupt ein Staatsgebilde vorhanden war, so ist es doch noch nicht angebracht, die Wiege unseres heutigen Beamtentums dort zu suchen [2]). Der Staatsidee war ein Weg gebahnt, aber dieser Gedanke trat bei dem ausgesprochenen persönlichen Verhältnis (Lehnsbeamtentum) des königlichen Amtsträgers zu seinem Herrn völlig in den Hintergrund; ihr Verhältnis war noch rein privatrechtlich. Anstelle der Volksämter treten herrschaftliche Bedienungen. Anfänglich sind diese Beamten noch beliebig durch den König ersetzbar, allmählich aber — nach Karl dem Großen — beschränkt sich dieses Recht des Königs durch die Erblichkeit der Aemter und das Lehnswesen. Diese Erscheinung erklärt sich aus der Auffassung des Königtums als einer Art dinglicher Herrschaft über das Staatsgebiet. Es war die Erscheinung der „Verdinglichung der Herrschaftsverbände“ [3]), die an die Stelle des Subordinationsprinzips den patrimonialen Charakter des Königtums setzte. Durch die Verbindung mit dem Grundbesitz wird das Amt auf eine privatrechtliche Basis gestellt, das Amt hat den Charakter einer privatrechtlichen Befugnis [4]). Die Bildung eines Staatsdienerstandes im heutigen Sinn war damit natürlich ausgeschlossen.

Ein solcher entstand erst, als etwa im 13. Jahrhundert mit dem Prinzip der lehnsrechtlichen Uebertragung der Aemter gebrochen wurde. Durch den Mainzer Reichsabschied von 1235 [5]) wurde zum ersten Mal ein ständiger Hofrichter nicht als Lehnsmann oder Ministeriale des Königs, sondern als ein von allen diesen Beziehungen losgelöster besonderer Beamter des Kaisers „eingesetzt“. Das Amtsverhältnis wurde durch schriftliche Bestellung begründet. Auf demselben Entwicklungswege bewegen sich die verschiedenen Ordnungen des 1495 errichteten kaiserlichen Kammergerichts.

Zu derselben Zeit traten im 13. Jahrhundert neben die Reichsbeamten als zweite Kategorie öffentlicher Beamter die landes-

[1]) Brunner, Deutsche Rechtsgesch. I, 143 nennt deshalb die Vasalität „die Wiege des germanischen Beamtentums“.
[2]) Gierke, Genossenschaftsr. I, S. 104; Herrmann a. a. O., S. 3.
[3]) Begemann, S. 10.
[4]) Gierke, Deutsch. Privatr. S. 125 ff.
[5]) Rehm, Annalen 1884, S. 569 ff.

herrlichen Staatsdiener, da die Grafschaften und Herzogtümer als Lehen behandelt, sich in der Richtung einer echten Grundherrlichkeit näherten. Die rechtliche Anerkennung fand diese Entwicklung in dem Statutum in favorem principum Friedrichs II. (1232), das den Reichsfürsten eine gewisse landesherrliche Gebietshoheit zugestand, und ihren Abschluß durch den Westfälischen Frieden von 1648. Mit der Anerkennung der landesherrlichen Gebietshoheit fiel für die Fürsten aber das Erfordernis der königlichen Bannleihe fort[1]). Die Territorialherren konnten daher nunmehr selbst mit dem Königsbann, d. h. mit dem Rechte, Gericht zu halten, belehnen. Sie nun gaben die Aemter nicht mehr als Lehen aus, sondern besetzten sie von Fall zu Fall mit ihnen genehmen Beamten, die auf diese Art in ein viel persönlicheres und leichter lösbares Abhängigkeitsverhältnis kamen. Nur so erklärt sich die starke Abhängigkeit, in der sich die jeweiligen Amtsinhaber befanden, die sie als bloße Werkzeuge des eigentlichen Herrn erscheinen ließ und dadurch das Beamtenwesen zu einem reinen Kommissariatswesen ausgestaltete, eine Wandlung, wie sie uns in absoluten und diktatorischen Staaten immer wieder begegnet[2])[3]). So hatte sich im Reich wie in den Territorien eine sinngemäße Anwendung im Beamtenwesen vollzogen: die Aemter waren von ihrer ehemaligen Bindung mit dem Grundbesitz gelöst (13. Jh.).

Aber ein großer Unterschied war vorläufig noch in dem Verhältnis der Reichs- und Landesbeamten geblieben: die Richter am Reichskammergericht waren nicht Beamte des Königs, sondern des Reichs[4]), also Staatsbeamte im eigentlichen Sinn. Ihr Staatsdienerverhältnis war daher ganz ausgesprochen ein Institut des öffentlichen Rechts, denn im Reich verkörperte sich die Staatsidee. Bei den Territorialbeamten war dagegen das Dienstverhältnis rein persönlich und privatrechtlich, denn die Beziehungen der Fürsten zu ihren Territorien sind in dieser Zeit des Patrimonialstaates, wo Land und Leute nach privatrechtlichen Gesichtspunkten als im Eigentum des Fürsten stehend angesehen werden, rein privatrechtlich. Darum ist *Loening*[5]) nicht beizupflichten, wenn er meint, daß die Dienstleistungen, wenn auch auf privatrechtlicher Grundlage beruhend, „öffentlichrechtlich" seien, weil die getreue

---

[1]) Vgl. zum folgenden Rehm, Ann. 1884, 572.

[2]) So auch Trautmann (Diss.), S. 9.

[3]) Vgl. f. die heutige Zeit Italien und Rußland, wo der Beamte in die Stellung eines Parteidieners gedrängt, als politischer Kommissar erscheint. Vgl. Falk, Rechtsverhältnisse der Beamten in fremden Ländern u. Deutschland (Beamtenjahrb. 1927, 253 ff, bes 264).

[4]) Rehm 1884, 568; Loening, S. 109/110; Schwertfeger Diss., S. 11; Trautmann Diss., S. 10; Petruschke Diss., S. 3/4.

[5]) Loening a. a. O., S. 109.

Erfüllung der Amtspflichten von den Beamten beschworen wurde. Denn das Mittelalter liebte, wie *Bornhak*[1]) treffend ausführt, „auch die Beschwörung privatrechtlicher Verpflichtungen als wirksame religiöse und rechtliche Verstärkung der Verbindlichkeit." Dagegen ändert sich die Stellung der Landesbeamten mit der Entstehung des absolutistischen Staates nach dem 30jährigen Kriege, da sich seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts allmählich in den Territorien die Staatsidee, die korporative Staatsidee, Bahn brach. Denn wie wir eingangs feststellten, wird der Charakter des Beamtentums entscheidend bestimmt durch das Wesen des Staates, dem der Beamte dient. Deshalb ist eine so tiefe Wesenswandlung wie ihr der Staat gelegentlich des Uebergangs vom dualistischen Staatstyp des Mittelalters zum modernen korporativen Staat unterworfen war, auf die gesamte Amtsverfassung, auf den Charakter des Beamtenrechts nicht ohne Einfluß geblieben[2]). Die Sprache hat diesem Wandel Ausdruck gegeben, indem sie den terminus landesherrlicher Diener durch den Ausdruck Staatsdiener ersetzte. Monarch und Beamtentum, die sich bis dahin mit dem Staat identifiziert hatten, gehen als Staatsorgan ein in das größere Ganze des korporativen Staats. Der Beamte ist seitdem Staatsorgan. Das privatrechtlich-privatwirtschaftliche Denken des Patrimonialstaats wird endgültig überwunden, der korporative Staat wird zum Träger ideeller Gemeinschaftswerte, die ihrerseits auch dem Beamtenberufe einen besonderen Wertakzent verleihen. Auf der anderen Seite entwickelt sich jetzt das gewöhnliche Arbeitsverhältnis unter dem Einfluß des Kapitalismus immer stärker zu einer ausschließlich wirtschaftlichen Beziehung und gerät so zwangsläufig in Gegensatz zu dem Beamtenverhältnis, das sich seine personenrechtliche „patriarchalische Note" auch in kapitalistischer Zeit bewahrt hat[3]). So ist das Beamtenverhältnis in einen immer betonteren Wesensgegensatz zu dem bloßen Arbeitsverhältnis geraten, der daher auch von der Rechtsordnung nicht übersehen werden konnte. Waren einst die Rechtsverhältnisse der Beamten und der privaten Arbeitnehmer mit Hilfe der gleichen Rechtseinrichtung, mit Hilfe des allgemeinen Vertragsrechts erfaßt worden, so macht sich jetzt das Bedürfnis geltend, ein auf das Beamtentum in seiner Besonderheit zugeschnittenes Beamtenrecht zu schaffen. Schon der Umstand, daß der Beamte Staatsorgan geworden war, zwang dazu, seine Stellung innerhalb der staatlichen Organisationsordnung zu regeln. So wurde das Beamtenrecht zwangsläufig ein wichtiger Bestandteil des unter dem Ein-

[1]) Bornhak a. a. O., S. 7.

[2]) Gerber a. a. O., S. 19 u. Köttgen, Handb. d. deutsch. Staatsrechts 1930, Bd. II, S. 4.

[3]) Vgl. Köttgen, Beamtenrecht u. Arbeitsrecht in den Mitt. d. Jenaer Inst. f. Wirtschaftsr. 1928 Nov., S. 7; ders. im Handb. d. Staatsr. II, S. 1 ff.

fluß des Rechtsstaats zu immer größerer Geschlossenheit sich entwickelnden Staats- und Verwaltungsrechts. Die ersten ausgesprochen beamtenrechtlichen Normen innerhalb des deutschen Rechtskreises finden sich im 10. Titel des zweiten Teils des preußischen ALR von 1794, dessen beamtenrechtliche Bestimmungen noch heute zum Teil gültiges Recht darstellen.

II. Wissenschaftliche Auffassung des Staatsdienstverhältnisses in früherer Zeit.

1. Die Zeit der privatrechtlichen Vertragstheorien: römisches oder deutsches Privatrecht?

Das Wesen des Staatsdienertums als staatsrechtliches Problem wurde erst spät erkannt. Aufgerollt wurde diese Frage erst durch den Streit um die Kündbarkeit des Beamtenverhältnisses, und zwar der Territorialbeamten (da im Reich diese Frage in den Reichskammergerichtsordnungen und den Wahlkapitulationen festgelegt war)[1]). Da infolge der privatrechtlichen Auffassung der Beziehungen zwischen Fürst, dominus terrae, und Territorium dem deutschen Mittelalter die Gegensätzlichkeit von privatem und öffentlichem Recht — wie sie bereits im klassischen römischen Recht, wenn auch unvollkommen, vorhanden war[2]), und wie sie von der neueren Rechtswissenschaft und Praxis entwickelt worden ist — fremd war, wurde auch entsprechend der privatrechtlichen Auffassung jener Zeit vom öffentlichen Leben die rechtliche Stellung der damaligen Staatsdiener rein privatrechtlich behandelt. Dies ist um so erklärlicher, als die deutsche Staatsrechtswissenschaft, beim Auftreten dieser Frage kaum entstanden, sich anlehnte an die älteren und tiefer durchgebildeten Staatsrechtsdisziplinen Italiens und Spaniens, die an römischrechtlich-privatrechtlich gefärbte Quellen anknüpften.

Infolgedessen suchte man mit Hilfe römischrechtlicher Institute einen passenden Begriff für das deutsche Beamtenverhältnis zu finden.

Zuerst hielt man das Rechtsverhältnis der Beamten für ein mandatum[3]) dann zur besseren Unterscheidung von der Untertanendienstpflicht für ein precarium[4]). Beide Institute paßten als unentgeltliche Verträge aber nicht recht, da man doch den Beamten entgegen dem willkürlichen Belieben der Fürsten in dieser Beziehung das Recht auf Belohnung zusprechen wollte.

---

[1]) Rehm 1884, 576; Preuß. Städt. Amtsr., S. 22.

[2]) Publicum ius est, quod ad statum rei publicae spectat, privatum, quod ad singolorum utilitatem (Ulpian).

[3]) Eyben, Mevius u. Harpprecht, vgl. Rehm 1884, 578 ff.

[4]) Myler von Ehrenbach 1678; Böhmer 1716; vgl. Rehm a. a. O., S. 585.

Infolgedessen hielt man[1]) die locatio conductio operarum (Dienst, Miete) für passender. Aber auch bei dieser Konstruktion konnte man keine rechtliche Beschränkung des Fürsten in der Entlaßbarkeit begründen. Auch ließ sich mit dieser Kennzeichnung des Verhältnisses als Dienstmiete die Natur der Dienste der Beamten als operae liberales schlecht vereinbaren. So nahm man seine Zuflucht zu dem unbestimmten Schema des contractus innominatus, nach der Konstruktion: do, ut facias[2]). der schließlich mit seiner „nichtssagenden Formel“[3]) einer Privilegientheorie[4]) Platz machte, die dem Beamten ein ius quaesitum auf das Amt zusprach und nicht mehr eine grundlose Entlassung seitens der Fürsten gestattete, vielmehr in der Bestallung ein „ius in munere quaesitum et unilateraliter irrevocabile“ erblickte. Zu erwähnen ist hier noch als letzter und selbständigster Vertreter der römisch-privatrechtlichen Theorie *Meisterlin*[5]), der zwei Verträge, einen Staatsdienstvertrag („contractus salarius“) verbunden mit einem Mandatsvertrag, als Grundlage des Staatsdienerverhältnisses annimmt; von ihm stammt auch die Unterscheidung von Dienst- und Amtsverhältnis. Es genügt, die einzelnen Typen der damaligen Zeit gezeichnet zu haben, da sie für die weitere Forschung keinen nennenswerten Ertrag bringen, wenn wir davon absehen, daß der auctor voti[6]) als erster den Ausdruck „Staatsdiener“ einführte. Zusammengefaßt: eine nur spärlich dogmatische Ausbeute; konstruktiv haben die Vertreter der römischrechtlichen Vertragstheorien nur wenig geleistet[7]). Dies war auch natürlich, kam es doch den Vertretern der römischrechtlichen Vertragstheorie garnicht in den Sinn, daß sie in diesem Falle wieder einmal römischer dachten als Rom selbst. Denn den Römern war es niemals eingefallen, jene privatrechtlichen Vertragsbegriffe in ihrem eigenen Staatsdienerrecht zu verwenden[8]).

Allmählich erkannte man, daß auf das deutschrechtliche Verhältnis des fürstlichen Dieners zu seinem Herrn die römischen Vertragstypen nicht passen konnten, da ja gerade dieses Rechtsinstitut, fremd von jedem ausländischen Einfluß, sich aus den deutschen Rechtsquellen des frühen Mittelalters herausgebildet hatte. Es konnte daher nur in deutschrechtlichen Begriffen eine

[1]) P. Kreß 1732; Neumann 1751; Chr. Wolf, David Strubbe, Halle u. a. vgl. Rehm a. a. O., S. 595—99.

[2]) Westphal, Deutsch. Staatsr. 1794, Abh. 19.

[3]) Laband I, 439.

[4]) Malacord 1788, cit. nach Rehm banalen 1889, S. 609 und auctor voti in Schlössers Staatsanzeiger Heft 29, (1785).

[5]) Vgl. hierüber Rehm a. a. O., S. 655.

[6]) Siehe Anm. 4.

[7]) Begemann (Diss.), S. 26.

[8]) Vgl. Otto Mayer, Arch. öff. R. III, 8, 12, 14 beim zensorischen Vertrag.

Lösung gefunden werden. Und jetzt war es nur ein kleiner Schritt, wenn *J. M. Seuffert* vom contractus innominatus her den Staatsdienstvertrag als einen contractus sui generis erklärte, dem er allerdings noch keinen Namen geben konnte. *Seuffert*[1]) ging von einer allgemeinen Untertanenpflicht zur Leistung von besonderen Staatsdiensten aus — denn der einzelne „muß", weil, wenn der Regent ruft, der Wille aller ruft, und dieser für den einzelnen Gesetz ist, dem er als Staatsbürger zu folgen schuldig ist —, und konstruiert auf dieser Grundlage einen privatrechtlichen Anstellungsvertrag zwischen dem Herrscher und dem Beamten, worin letzterer seine Verbindlichkeit zu besonderen Dienstleistungen noch einmal anerkennt und ihm andererseits vom Staate unter Uebertragung eines Staatsamts ein Recht auf dieses eingeräumt wird. Auf der gleichen Grundlage (Annahme eines privatrechtlichen Vertrages) stehen, wenn auch im einzelnen von *Seufferts* Konstruktion abweichend, v. d. *Becke, Leist, Jordan, Klüber* u. a.

Hatte man sich in jener Zeit, im Stande staatsrechtlicher Unschuld, arglos mit der Annahme eines zivilistischen Vertrages in irgend einer Form des römischen oder gemeinen Rechts begnügt, so entwuchs das fortschreitende Bewußtsein staatlichen Wesens dieser Harmlosigkeit[2]) — wie wir bereits im ersten Kapitel sahen — in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts, entsprechend der allmählichen Ausbildung der Territorien zu selbstständigen Staaten, sodaß dementsprechend ein Umschwung in der Auffassung des Staatsdienstes, und zwar zu Gunsten einer öffentlichrechtlichen Auffassung eintrat. Schon unter den Vertretern der römischrechtlichen Vertragstheorie — von den Deutschrechtlern ganz zu schweigen — betonen einige mehr oder minder das öffentlichrechtliche Element. *Pufendorf*[3]) war es, der mit seiner Unterscheidung zwischen ministri publici und ministri principis privati das entscheidende Merkmals sehr treffend kennzeichnete. Weiterhin betont *Böhmer*[4]), daß die Lehre vom Staatsdienst im öffentlichen Recht ihre Quellen finde und nennt unter Unterscheidung von ministri publici und privati die Beamten villicos rei publicae, institores publicos[5]). Derselbe Gedanke findet sich bei *Neumann*[6]), der den Staatsdienst hinsichtlich der Materie der Dienstleistung und des Gegenstandes dem öffentlichen Recht zuweist, obwohl seine Begründungsform nach ihm dem Privatrecht angehört.

---

[1]) Von den Verhältnissen des Staats und der Diener des Staats; Rehm a. a. O. S. 614 ff.

[2]) Ausdruck stammt von Preuß, Städt. Amtsr. S. 77.

[3]) De iure naturae et gentium 1672 VIII, Cap. 2, § 24, zit. nach Loening, Verwaltungsrecht, S. 111 A. 2.

[4]) In seiner Dissertatio De iure principis in dimittentis ministris von 1716.

[5]) Rehm a. a. O. S. 588.

[6]) Vgl. Rehm, S. 596.

Ebenso der *auctor voti,* von dem ja der Ausdruck Staatsdiener stammt, *Malacord, v. d. Becke* und *Seuffert.*

Die Jahrhundertwende brachte das preußische ALR, welches sich beim Beamtenrecht in Ausdrucksweise und Inhalt zum ersten Mal auf den Boden des öffentlichen Rechts stellte. Vollendet wurde diese Entwicklung aber erst durch *Nikolaus Taddäus Gönner*, dessen Werk „Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet" vom Jahre 1808 den Ausgangspunkt bildet für eine öffentlichrechtliche Auffassung des Staatsdienstes, eine Betrachtungsweise, die allgemein bis auf den heutigen Tag geblieben ist. *Gönner* knüpft daran an, daß Privatrecht als Individualrecht die Interessen des einzelnen schütze, öffentliches Recht als Kollektivrecht der Erhaltung der menschlichen Gesellschaft diene. Der Staat habe sich gerade die letzte Aufgabe zu eigen gemacht, werde durch seine Organe, seine Beamten zum Wohle der Gesamtheit tätig. Insofern gehören die Staatsdienste zum öffentlichen Recht, müssen nach der Natur des Staates aus sich selbst heraus ohne Einmischung privatrechtlicher Normen beurteilt werden[1]). Bei der Begründung seiner Auffassung geht *Gönner* von der mehr volkswirtschaftlichen Beobachtung aus, daß Staatsdienste ein Staatsbedürfnis seien, diese als Staatsverbindlichkeit auf der vereinigten Kraft der Untertanen beruhten. Staatsdienste seien also eine Staatslast[2]), die ihre rechtliche Verbindlichkeit allein schon aus dem Wesen des Staats ableitet und einer Willkür der Untertanen oder einem Einfluß derselben vollkommen entzogen sei. Von der so gewonnenen Grundlage aus schließt er nicht, wie *Seuffert*: Staatsdienste sind Untertanenpflicht — ergo beruht die Heranziehung zu Dienstleistungen und zu Aemtern auf Vertrag, sondern er folgert: ergo ist die Idee eines Vertrages „von selbsten ausgeschlossen". „Denn da jeder Staatsbürger zu gemeinen sowohl als besonderen Staatsdiensten schon der Natur des Staates zufolge verbunden ist, so erlaubt diese präexistierende Verbindlichkeit nicht, es für einen Vertrag anzusehen, wenn ein Individuum seine Verbindlichkeit erfüllt[3])." Die Dienstpflicht wird auf diese Weise, um einen Ausdruck seines Schülers *Dahlmann* zu gebrauchen, als potenzierte Untertanenpflicht erklärt und dem Staat das Recht beigelegt, seine Untertanen zum Eintritt in den Staatsdienst zu zwingen. So logisch und klar die Lehre *Gönners* auch war, so war sie doch zu einseitig und gab dem Beamten — wie in den Anfangsstadien — zu wenig Rechte, um in ihrer ursprünglichen Gestalt dauernde Anerkennung zu finden.

---

[1]) Gönner a. a. O., S. 143.
[2]) Gönner a. a. O., S. 83.
[3]) Gönner a. a. O., S. 85.

Kein Wunder also, daß zahlreiche Anhänger *Gönners*, an seinem instruktiven Gebäude im großen und ganzen festhaltend, durch Weiterbildung dieser Lehre dem Mangel abzuhelfen suchten. Als erster sucht *Heffter*[1]) ein solches Zwangsrecht des Staates, das er im Prinzip zwar annimmt, zu mildern dadurch, daß es nicht früher als notwendig eintreten dürfe, da „seine Ausübung von selbst limitiert" ist, bei der freiwilligen Anstellung im Staatsdienst also wegfiele. Ein Vertrag dürfe aber andererseits hier auch nicht angenommen werden, da ein Amt „als Teil der Verfassung" nie Gegenstand einer privatrechtlichen Vereinbarung sein könnte. Die Begründung des Staatsdienstverhältnisses als ius publicum erfolge ohne rechtswirksames Zutun des Dieners durch den einseitigen Regierungsakt der Amtsverleihung. Zu der „älteren Richtung" innerhalb der Theorie vom einseitigen Staatsakt, die nach *Gönners* Vorgang den Staatsdienst als ein rein staatsrechtliches Verhältnis ansieht, gehören auch noch *Dahlmann* und *Perthes*, die den von *Heffter* schon angedeuteten aber nicht zu Ende geführten Gedanken ausbauen, der Gehaltsanspruch sei etwas dem Staatsdienst nicht Wesentliches, sondern getrennt von diesem rechtlich zu werten. Am klarsten herausgearbeitet findet sich dies Prinzip bei *Stahl, Maurenbrecher* und besonders bei *Heinrich Albert Zachariä*, dem Begründer der jüngeren Richtung, der sog. „gemischten Theorie mit einseitigem Begründungsakt". Dieser sieht deswegen in dem Staatsdienst ein öffentlichrechtliches Verhältnis, weil es durch das Gesamtinteresse der staatlichen Gemeinschaft bestimmt würde[2]), erkennt aber diesen Verhältnissen nur insofern, „als die Ausübung der Dienstfunktionen des öffentlichen Beamten dadurch rechtlich begründet wird[3])," rein staatsrechtliche Natur zu. Den Vermögens- und Ehrenrechten der Staatsdiener dagegen schreibt er privatrechtlichen Charakter zu, sodaß ein Rechtsverhältnis mit gemischter Natur nach ihm vorhanden ist, das durch einseitige Willenserklärung entsteht, wobei er der Uebertragungshandlung den Charakter einer lex specialis (er meint hiermit auf lex specialis beruhende Verfügung[4]) beilegt. Eine solche Ausgestaltung dieser etwas komplizierten Erklärung des Beamtenverhältnisses bietet schließlich *Rehm* in seiner ausgezeichneten und geschichtlich wie dogmatisch erschöpfenden Abhandlung: „Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht[5])." Von den zahlreichen Vertretern dieser Lehre sind besonders zu nennen *Dernburg, Zöpfel, Hänel, Bluntschi, Pözl, Rönne, Gerber, Grotefend,*

[1]) a. a. O., S. 106 ff, 126; Rehm a. a. O., S. 664.
[2]) Zachariä a. a. O. II, 27/28; Petruschke, S. 11.
[3]) Zachariä a. a. O., S. 28.
[4]) Vgl. Zachariä a. a. O., Bd. I, 397; II, 189.
[5]) Rehm in Hirths Annalen 1884 und 1885.

L. v. Stein, von den neueren besonders *Hermann Schulze, Gierke, G. Meyer, Zorn.*

Wenn wir die bisher geschilderten Theorien als der Geschichte angehörig bezeichnen, so ist dies insofern vielleicht nicht ganz richtig, weil die Bildung einer neuen Staatsidee sich jedenfalls noch nicht gegen Ende des 19. Jahrhunderts gezeigt hat (sondern erst in heutiger Zeit im Umbruch ist); es rechtfertigt sich aber durch die Tatsache, daß seit jener Zeit alles im Fluß ist, ohne daß man sagen könnte, die eine oder andere Ansicht sei veraltet, vielmehr haben sie sich gegenseitig Anregungen gegeben und auch — einander genähert.

Ehe wir aber auf die neueste Entwicklung eingehen, wollen wir noch einen Augenblick bei der Vergangenheit verweilen und ihren Grundideen nachgehen, um für die Theorien der jetzigen Zeit eine bessere Erkennungsmöglichkeit zu gewinnen.

Von der Wiege des deutschen Beamtentums, der Zeit des frühen Mittelalters, bis zum Ausgang des vorigen Jahrhunderts sahen wir ein dauerndes Einreißen und Bauen, das sich in Behauptung und Widerlegung verzehrte. Wenn in der frühesten Zeit keine befriedigende Lösung gefunden wurde, so mögen hauptsächlich folgende drei Gesichtspunkte eine Erklärung geben: die Unausgeprägtheit der Staatsidee, das Verwischen des Unterschiedes zwischen öffentlichem und privatem Recht sowie der Mangel jeder gesetzmäßigen Unterlage ließen ein klares Verständnis nicht aufkommen[1]). Hinzu kam in neuerer Zeit ein Mangel[2]), der die Unhaltbarkeit der meisten bisher behandelten Lehren für die heutige Zeit beweist: die der Wortbildung nach ja sehr naheliegende, aber unrichtige Gleichsetzung dessen, der ein Staatsamt verwaltet, mit einem Staatsbeamten[3]). Dies Argument, das „auf der oft gerügten Verwechslung von Anstellung (Eintritt in den Staatsdienst, Begründung der Dienstpflicht) mit der Uebertragung eines Amtes (Verwendung im Staatsdienst) beruht“[4]), ist auch heute noch nicht aus den Auffassungen der Schriftsteller verschwunden.

Betrachten wir insbesondere die in neuerer Zeit aufgekommene Lehre von der Zwangdienstpflicht (*Seuffert, Gönner* und Genossen) im Hinblick auf die Staatsidee, so kann man mit *Rönne*[5]) fragen: Wie konnte ein so unwahrer Gedanke aufkom-

---

[1]) So auch Trautmann a. a. O. S. 17.

[2]) Meisterlin macht in dieser Beziehung, wie wir schon oben sahen, eine Ausnahme.

[3]) vgl. darüber v. d. Becke: „Der wesentliche Gegenstand des Staatsdienstvertrages ist das Amt“. (Rehm 1884, 625). Für Gönner war der Wartestandsbeamte, wie er heute so oft zu finden ist, unmöglich. Vgl. Schwertfeger a. a. O. S. 17. f; Trautmann S. 17.

[4]) Laband, Staatsrecht I, 449.

[5]) Rönne a. a. O. III, 407 Anm. 2.

kommen, da doch der Staat niemandem etwas befehlen, niemandem eine Last auferlegen kann ohne Gesetz? Da es ein derartiges Gesetz nirgends gibt, so ist diese ganze Lehrmeinung mithin ohne Boden und unhaltbar[1]). Um ihr jedoch gerecht zu werden, muß man sie in ihrem eigenen geistigen Zusammenhang erfassen. „Sie ist nicht erwachsen auf dem Boden des neuzeitlichen Verfassungsstaats mit der formellen Ausscheidung des durch Mitwirkung einer Volksvertretung ausgezeichneten Gesetzes. Die Lehre von der Trennung der Gewalten, welche praktisch nichts anderes bedeutet als diese Ausscheidung, war eben erst in Frankreich zur Verwirklichung gelangt, als *Seuffert* und *Gönner* schrieben. Unsere Schriftsteller stehen noch ganz auf der Grundlage einer anderen staatsrechtlichen Hauptidee, welche bis dahin eine entsprechende alles beherrschende Rolle spielte: es ist die Lehre von den Hoheitsrechten. Diese Rechte sind die iura majestatis, Hoheitsrechte, Regierungsrechte, Regalien. Sie erzeugen sich im einzelnen von selbst aus dem Begriff der obersten Gewalt nach Maßgabe des Satzes, daß dem Herrscher alle Befugnisse zustehen müssen, aber auch nur die, welche norwendig sind als Mittel, um den Staatszweck zu erreichen. Ueberall, wo in ihrer Ausübung gehandelt wird, da ist das Gebiet des öffentlichen Rechts der staatlichen Tätigkeit; was nicht darunter fällt, ist zivilrechtlicher Art, auch am Staate[2])." *Gumplowicz*[3]) kennzeichnet dieses System richtig dahin, daß damit die „Macht- und Herrschaftssphäre als Rechtssphäre dargestellt wurde."

Und zu diesen Hoheitsrechten gehört das Recht, Beamte zu bestellen (ius munerum); als Ausübung desselben war also die Begründung des Staatsdienstverhältnisses öffentlichrechtlicher Natur[4]).

„Inzwischen[5]) ist unsere Auffassung von der Staatsgewalt diesem System der Hoheitsrechte vollständig entwachsen. Unser Staat vermag rechtlich schlechthin alles. Den Schutz der Freiheit suchen jetzt auch wir anstatt in einer äußerlichen Begrenzung seiner Gewalt in einer inneren Zuständigkeitsverteilung zwischen der Regierung und dem mit Zustimmung einer Volksvertretung geäußerten Staatswillen, dem Gesetz, nach jener Idee, welche unter dem nicht ganz angemessenen Namen von der „Trennung der Gewalten" ihren Siegeslauf begann, und auf welcher alle unsere Verfassungen gebaut sind. Dementsprechend ist jetzt das Wesen des öffentlichen Rechts sowie seine Abgrenzung vom Zivilrecht ganz anders bestimmt. Die Kraft der Staatsgewalt den Staatsbürgern gegenüber verdichtet sich nicht mehr zu einer Summe

[1]) Rönne a. a. O. III, 407 Anm. 2.
[2]) O. Mayer, Arch. öff. R. 3. 27 f.
[3]) Rechtsstaat u. Sozialismus, S. 128.
[4]) Vgl. O. Mayer, Arch. ö. R. 3, 29.
[5]) O. Mayer ebd., S. 40.

von einzelnen Befugnissen, sondern bedeutet ein allgemeines Recht, der höhere maßgebende Wille zu sein, bestimmend für den andern, besser gesagt: eine Eigenschaft des Staatswillens von diesem Inhalte. Ihr entspricht nicht eine Reihe von ausgeprägten Pflichten der einzelnen, sondern ein allgemeines hoheitliches Verhältnis, ein organisches, ein Subjektionsverhältnis, in welchem sie stehen. Sehr klar spricht sich schon *Zorn* darüber aus: „Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wird der Staat seinen Untertanen gegenüber immer nur gesetzlich (im weitesten Sinne des Wortes) d. i. übergeordnet, tätig[1])."

Wenn sich bisher die Kritik hauptsächlich in dem Aufdecken negativer Gesichtspunkte erschöpfte, so sahen wir, daß der Schlüssel zur Erkenntnis der Wandlungen, denen das Staatsdienstverhältnis im Laufe der Zeit dauernd unterlegen ist, in der Entwicklung der Staatsidee liegt. Unter diesem Gesichtswinkel nach der politischen Seite hin betrachtet, eröffnet sich gleichzeitig eine andere Erkenntnis: es wird nie eine ewige Wahrheit auf diesem Gebiete geben. Trotzdem wollen wir die Rechtsnatur der Beamtenanstellung erörtern, weil die Lehre *W. Jellineks* (vom zweiseitigen Verwaltungsakt) und die der Wiener Schule neue Beiträge zu diesem Gegenstande gebracht haben. Ihrer Darstellung und Kritik seien im Rahmen der anderen heutigen Lehrmeinungen die folgenden Untersuchungen insbesondere gewidmet.

C. Die neueren Lehren.

I. Darstellung der Lehre.

1. Vom öffentlichrechtlichen Vertrag (*Laband*).

Die heutigen Ansichten lassen sich auf drei grundsätzliche Lehrmeinungen zurückführen, die wir am besten mit ihren Hauptvertretern zusammen bringen. *Paul Laband*[2]) sieht in der Begründung eines Staatsdienstverhältnisses einen öffentlichrechtlichen Vertrag, *Otto Mayer*[3]) faßt die Beamtenanstellung als einseitigen Verwaltungsakt auf Unterwerfung, *W. Jellinek*[4]) als zweiseitigen Verwaltungsakt auf. Die beiden ersten Rechtsformen sind uns ja nicht mehr unbekannt; sie sind aber den heutigen Verhältnissen angepaßt worden. Mit der *Jellinek*'schen Auffassung betreten wir allerdings Neuland, das sein Vorhandensein *Jellineks* Rechtstatsachenforschung auf dem Gebiete der neuesten Judikatur verdankt.

Erwähnt sei schon hier, daß die Anschauung der Wiener Schule (Vertrag) mit in dem Kapitel behandelt wird, in welchem

[1]) O. Mayer, Arch. ö. R. 3, 30.
[2]) Laband, Staatsrecht I, 449. Arch. ö. R. 18, (1903), 82 ff.
[3]) O. Mayer, Verwaltungsr. II, 148; Arch. ö. R. 3, 1 ff.
[4]) Festgabe f. preuß. OVG, S. 84; V. R. (1931), S. 250 ff.

über die Ansicht gesprochen wird, die die Vertragsform vertritt. Erwähnt sei fernerhin noch, daß die Ansicht *Herrnritts*[1]), der den Eintritt in den öffentlichen Dienst als einseitigen Verwaltungsakt auf Uebereinstimmung kennzeichnet, ihre systematische Eingliederung im Rahmen der *Otto Mayer*'schen Lehre erfährt, daß andererseits *Jaschkowitz*'[2]) Erklärung dieses Vorgangs als eines unvollkommen zweiseitigen Rechtsgeschäfts in der *Walter Jellinek*schen Lehre Platz finden wird. Dies können wir insbesondere deshalb tun, weil ihre sonstigen Ausführungen zum vorliegenden Thema keine wesentlichen Abweichungen zur Sache selbst bringen.

Trotz der drei in ihren Grundzügen verschiedenen Lehrauffassungen haben sie doch eins g e m e i n s a m: das Bekenntnis der Oeffentlichrechtlichkeit des Beamtenverhältnisses.

Dann trennen sich aber die neuen Lehren. Die zeitlich älteste der neuen Lehren ist die vom öffentlichrechtlichen Vertrag, begründet von *Schmitthenner,* ausgestaltet von *Mohl, Seydel* und insbesondere *Laband*[3]), die ihre Auferstehung dem Kampf gegen die Lehre der Absolutisten von der allgemeinen Zwangsdienstpflicht der Untertanen verdankt, da eine derartige Zwangsdienstpflicht im Rechtsstaate einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage bedürfe[4]). Während *Schmitthenner* den Vorgang der Begründung des Staatsdienerverhältnisses noch in merkwürdiger und widerspruchsvoller Weise in zwei Stadien: einen Vertrag und einen einseitigen Staatsakt mit dem Charakter einer lex specialis zerlegt — wobei der Vertrag der materielle und das Dekret der formelle Rechtsgrund des Beamtenverhältnisses sei, auf dem Vertrag also die Uebertragung des Amtes b e r u h e, aber durch den einseitigen Willensakt des Staates g e s c h e h e —, behandelt *Laband* diesen Vorgang klar und eindeutig nach Vertragsmerkmalen. Er geht dabei davon aus, daß der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben auf menschliche Arbeitskräfte angewiesen sei. Hier stehen ihm nun zwei Möglichkeiten offen[5]): einmal kann er seinen Untertanen im Wege der Gesetzgebung eine Pflicht zur Dienstleistung als allgemeine Staatsbürgerpflicht auferlegen. Da aber — abgesehen davon, daß die Qualität freiwillig in der Aussicht auf entsprechende Belohnung geleisteter Dienste sehr viel besser zu sein pflegt als die infolge einer generellen Zwangsform zu leistende Arbeit — eine Staats-

---

[1]) Herrnritt in den „Grundlehren d. Verwaltungsr." 250 ff, S. 182, 448, im Oesterr. Verw. R, S 64.

[2]) Der Vertrag im Beamtenrecht, Arch. ö. R. NF 17, 321 ff.

[3]) Arndt S. 641; Assmann; Buddeberg; Gareis S. 161; Görres; Hermann S. 11—13; Husserl; G. Jellinek S. 177. ff, 209 ff; Kelsen S. 273 f; Laband S. 448 f; Loening S. 119; Meißner S. 278; Perels-Spilling, Pieper, Piloty, Rehm, v. Sarvey, Schulze, Seidler, Seydel, Stengel, Vogels, Wolfstieg.

[4]) Vogels, Verwaltungs-Arch. 27, 247 ff, bes. 251/52.

[5]) Laband, Staatsrecht I, 432—333.

dienstpflicht im Sinne einer allgemeinen Bürgerpficht in Konflikt geraten würde mit der Grundidee der in den modernen Verfassungen verankerten persönlichen Freiheit der Untertanen [1]), so erscheint ihm der zweite Weg besser, nämlich die Untertanen durch das Angebot irgendwelcher Vorteile zu freiwilliger Dienstleistung anzuspornen. Dieser Weg ist in den meisten Ländern (auch bei uns) beschritten worden. Hier nun tritt der einzelne — entsprechend der Idee des Verfassungsstaates — dem Träger der öffentlichen Gewalt als selbsständige Rechtspersönlichkeit gegenüber. „Das Dienstverhältnis des Beamten setzt voraus die Begründung durch einen Vertrag, d. h. durch einen speziellen Konsens für jeden einzelnen Fall. Der Staat muß den Willen erklären, die individuell bestimmte Person in seinen Dienst zu nehmen, und der Beamte muß einwilligen, in diesen Dienst zu treten. Aber dieser Vertrag ist kein Kontrakt des Obligationenrechts, sondern er begründet ein Gewaltverhältnis des Staates, eine besondere Gehorsams-Treue- und Dienstpflicht des Beamten, andererseits eine Pflicht des Staates zum Schutz und zur Gewährung des zugesicherten Diensteinkommens." *Laband* erläutert das Wesen dieses Gewaltverhältnisses durch den Hinweis auf das mittelalterliche Institut der Vasallität, das auch durch einen Vertrag, die Kommendation, entstanden sei. Daß dieses Gewaltverhältnis aber nicht eine geschichtliche Fernwirkung des Lehnsverbandes ist, auf den *Laband* zurückgreift, hat schon *Buddeberg* (ein Anhänger der Vertragstheorie) in seiner interessanten Abhandlung über Rechtssoziologie des öffentlichen Vertrages [2]) nachgewiesen. Vielmehr ist dieses Gewaltverhältnis nichts anderes als der Ausdruck für die soziologische Tatsache, daß jeder Eintritt in eine Kollektivität mit der Aufgabe eines Teils der Persönlichkeit des Eintretenden verknüpft ist und zur Unterordnung unter die bestehende Verbandsgewalt führt. In den öffentlichrechtlichen Beziehungen erhält nun dieses Gewaltverhältnis eine besonders stark ausgeprägte Form, da sie der gesteigerten Intensität des staatlichen Kollektivwesens entspringt. Diese gesteigerte Intensität des Gewaltverhältnisses unterscheidet daher den öffentlichrechtlichen Vertrag von dem privatrechtlichen.

Zur Stützung seiner Lehre führt *Laband* — als argumentum e contrario — gegen die Theorie vom einseitigen Begründungsakt noch folgendes aus [3]): „Die Lehre, daß die Anstellung durch einseitigen Akt erfolge, stützt man teils darauf, daß der Begriff des Vertrages auf die Begründung von Rechtsverhältnissen zwischen dem Staat und dem einzelnen überhaupt unerlaubt sei, weil sie sich nicht als gleichberechtigte Subjekte gegenüberstehen, teils

[1]) Vgl. Schwertfeger, Diss. S. 21; Trautmann, Diss. S. 20.
[2]) Arch. ö. R. NF 8 (1925) S. 85 ff, bes. S. 156 ff, 160.
[3]) Laband a. a. O., S. 449.

darauf, daß die Uebertragung von Hoheitsrechten auf Individuen durch Vertrag prinzipiell unmöglich sei. Das erste dieser beiden Argumente beruht auf einer einseitig privatrechtlichen und willkürlichen Beschränkung des Vertragsbegriffs. Der Staat legt niemandem die Verpflichtung auf, sich dem Staatsdienst zu widmen. Soll aber eine solche Verpflichtung von jemand übernommen werden, so ist eine Willenserklärung desselben erforderlich. Es genügt also nicht eine einseitige Willenserklärung des Staates, sondern es ist eine übereinstimmende Willenserklärung beider Beteiligten, ein auf die Uebernahme und Gewährung gegenseitiger Verpflichtungen gerichteter Konsens, also ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erforderlich, dies ist eben ein Vertrag. Dieser Begriff ist kein privatrechtlicher, sondern ein allgemeiner Rechtsbegriff. Das andere Argument beruht auf der oft gerügten Verwechslung von Anstellung (Eintritt in den Staatsdienst, Begründung der Dienstpflicht) mit der Uebernahme des Amtes (Verwendung im Staatsdienst); die letztere, welche dem Staatsdienstvertrag vorausgehen oder nachfolgen oder auch gleichzeitig mit ihm stattfinden kann, erfolgt in der Tat regelmäßig durch einseitige Verfügung der Regierung; sie begründet aber nicht die Dienstpflicht, sondern setzt dieselbe voraus[1])." Rückblickend können wir drei Sätze feststellen, die die Grundlage der *Laband*'schen Lehre von der Staatsdienstbegründung als durch einen öffentlichrechtlichen Vertrag erfolgend bilden, nämlich:

1. Vertragliche Bindung des Staates und des Beamten auf dem Boden der Gleichberechtigung bei Eingehung des Dienstverhältnisses.
2. Unterordnung des Staatsdieners unter die Staatsgewalt nach Inhalt und Zweck des ganzen Beamtenwesens als einem Gebiete des öffentlichen Rechts, und
3. einseitige Verfügung der Regierung bei Uebertragung von Staatsämtern[2]).

Knüpfen wir gleich an die Lehre *Labands*, die neuerdings von der Wiener Schule aufgenommene Ansicht der Staatsdienstbegründung durch Vertrag an. Die Argumentation *Kelsens* — ihres Hauptvertreters — ist im Gegensatz zur konstruktiven Methode *Labands* vorsichtig und auch — schwach. Daß *Kelsen* mit dem Rechtspositivisten *Laband* im Ergebnis übereinstimmt, nimmt nicht weiter wunder, zumal er ja den Unterschied von öffentlichem und Privatrecht nicht anerkennt. *Kelsen*[3]) sagt zum vorliegenden Problem: „Der Eintritt in den Staatsdienst ist von einem die Anstellung beinhaltenden Akt des hierzu kompetenten Organs

[1]) Laband a. a. O., S. 449.
[2]) so auch Trautmann a. a. O., S. 22.
[3]) Allgemeine Staatslehre 1925, S. 273.

und der Zustimmung des anzustellenden Beamten abhängig. Ob darin der Tatbestand eines Vertrages zu erblicken ist oder nicht, hängt von der Begriffsbestimmung des letzteren ab (!). Sofern darunter nichts anderes als eine übereinstimmende Willensäußerung als Bedingung für den Eintritt von Rechtsfolgen zu verstehen ist, kann auch das die Rechtsstellung des Beamten begründete Rechtsgeschäft als Vertrag angesprochen werden. Nimmt man jedoch als zum Wesen des Vertrages gehörig an, daß er auch die unmittelbaren Rechtsfolgen, nämlich die gegenseitigen Pflichten und Rechte der Kontrahenten ihrem Inhalt nach bestimmen müsse, daß also durch den Vertrag nicht bloß das „ob" sondern auch das „wie" des Dienstverhältnisses bestimmt werden müsse, damit von vertragsmäßiger Begründung die Rede sein könne, dann liegt ein vom Vertrag verschiedener Tatbestand vor." Da dieser Satz *Kelsens* — schon von *Laband*, neuerdings sogar von (seinem Schüler) *Seidler* — mit Recht widerlegt worden ist, sei diese Fehlargumentation *Kelsen*'s gleich im folgenden richtiggestellt, da es Ziel dieser Arbeit ist, nur die grundsätzlichen Linien und Ergebnisse der einzelnen Lehren, nicht der einzelnen Lehrer festzustellen und kritisch dazu Stellung zu nehmen. Zur Sache: *Seidler* argumentiert folgendermaßen: Es wird für die Annahme auch eines zivilrechtlichen Vertrages keinesfalls für erforderlich angesehen, daß sein Inhalt der Disposition der Parteien unterliegt [1]). Denkt man etwa an die Eheschließung, die ja allgemein als Vertragsabschluß angesehen wird, oder an sonstige in ihrem Inhalt durch ius cogens bestimmte Verträge, (z. B. Kindesannahme), so findet man auch hier die Rechte und Pflichten der Kontrahenten schon durch das Gesetz unabänderlich festgelegt. Weder bei den Adhäsionsverträgen noch auch bei den dem Beamtenrecht nahe verwandten Kollektivverträgen besteht die Möglichkeit, über die wechselseitigen Rechte und Pflichten zu verhandeln; und dennoch waren auch hier wahre Verträge angenommen. Dabei ist es durchaus nicht zutreffend, daß sich die Einigung in diesen Fällen nur auf das „ob" nicht auch auf das „wie" des Rechtsverhältnisses erstrecke. Der Unterschied zu den normalen Verträgen ist darin zu sehen, daß hier ein von vornherein eindeutig bestimmter und darum nichtverhandlungsbedürftiger Erfolg in toto gewollt wird. Uebrigens sei darauf hingewiesen, daß auch in den Beamtengesetzen die Möglichkeit einer Abänderung der generellen Normen, zumindesten innerhalb eines bestimmten Rahmens und für konkrete Fälle gegeben zu sein pflegt, sodaß in solchen Fällen jeder Unterschied gegenüber dem regelmäßigen Vertrage fehlt. Da *Kelsen* [2]) das entscheidende Merkmal jedoch hauptsächlich darauf abstellt, daß „solange das

[1]) Vgl. zum folgenden im gleichen Sinn Seidler a. a. O., S. 307 f.
[2]) Allg. Staatslehre, S. 273.

dienstrechtliche Verhältnis nicht ohne die Zustimmung des Beamten begründet werden kann, solange seine Willensäußerung eine ebensolche Bedingung ist wie der Anstellungsakt des die Anstellung vollziehenden Staatsorgans, daß, solange beide Akte zusammen als gleich notwendige Bedingungen angesehen werden müssen und daß kein hinreichender Grund dafür vorhanden sei, dem einen oder dem anderen in der juristischen Deutung einen Vorzug zu geben". Insbesondere sei die Lehre vom Verwaltungsakt falsch; jedoch stünde nichts im Wege, daß positivrechtlich dem Anstellungsakte solche Vorzugsstellung gegeben würde (!). „Dies kann in der Weise geschehen, daß der Anstellungsakt als einer jener Rechtsakte erklärt wird, denen die Rechtsordnung auch für den Fall ihrer Mangelhaftigkeit solange Rechtswirkung zuerkennt, bis sie durch einen anderen Rechtsakt aufgehoben werden; dann ist der Anstellungsakt – auch wenn ihm die Zustimmung des Anzustellenden oder irgend eine andere Voraussetzung fehlt, wirksam, bis er durch einen behördlichen Akt kassiert wird, ja er kann eventuell dauernd in Rechtskraft erwachsen." [1])

Jedoch ist die Stellungnahme der Wiener Schule zum vorliegenden Problem nicht eindeutig. Denn während *Seidler* [2]) noch wie *Kelsen* die Anstellung durch Vertrag — allerdings auch schon modifiziert, nämlich durch „vertraglichen Verwaltungsakt [3]) — entstehen läßt, sieht *Merkl* in der Ernennung und den verwandten Tatbeständen nichts anderes als einen durch eine bestimmte Methode des Zusammenkommens, nämlich durch die Mitwirkung eines Interessenten, qualifizierten Verwaltungsakt [4]),“ wobei dieser Verwaltungsakt allerdings ein — öffentlichrechtlicher Vertrag sein soll. Eine Bezeichnung, die er selbst für „nicht zweckmäßig" [3]) hält. Diese originale Auffassung begründet *Merkl* [5]) damit, daß „Vertrag und Verwaltungsakt keine einander ausschließenden Rechtserscheinungen sind, daß vielmehr der öffentlichrechtliche Vertrag als Abart des Verwaltungsakts verstanden werden kann, wenn man sich nur von dem unjuristischen Gewaltelement im Begriff des Verwaltungsakts freimacht. Die Anstellung ist nicht ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung, als die sie unter dem Einfluß der Gewaltideologie konstruiert worden ist, sondern ein auf die dauernde Bestellung eines Individualorgans abzielender Verwaltungsakt, der durch die vorgängige oder nachfolgende Zustimmung des zum Organ ausersehenen Menschen bedingt ist." *Seidler* dagegen gelangt zu der Beamtenanstellung als einem

---

[1]) Allg. Staatslehre, S. 273.
[2]) In d. Ztschr. f. öff. Recht 1932, H. 2, S. 296 ff.
[3]) a. a. O., S. 309.
[4]) Merkl, Allgem. Verwaltungsr. 1927, S. 191 und 308.
[5]) Merkl, a. a. O., S. 308.

„vertraglichen Verwaltungsakt“ auf dem Wege über die staatsrechtliche Betrachtungsweise. *Seidler* [1]) erklärt diese Betrachtungsweise etwa folgendermaßen: Ebenso wie sich die Privatrechtslehre von der Individualrechtslehre dadurch unterscheidet, daß sie gleichsam auf einer höheren Warte stehend, die sich kreuzenden Rechtsverhältnisse verschiedener Personen zu überblicken vermag, ebenso kann sich auch die Wissenschaft des öffentlichen Rechts auf eine höhere Stufe stellen, von wo aus sie sowohl die staatliche Verwaltung als auch die Einzelrechtssphären der Bürger überschauen und das Zusammentreffen der aus diesen verschiedenen Rechtskreisen stammenden Willenserklärungen objektiv beobachten und würdigen. Dies sei nun die typische Position der Staatslehre, die geradezu darauf abgestellt sei, die wechselseitigen Beziehungen zwischen dem Staat und seinen Bürgern zu begreifen. Nur sie besitze daher im Gegensatz zur verwaltungsrechtlichen Betrachtungsweise die Befähigung, die Totalität des öffentlichen Rechtslebens zu beurteilen, d. h. in unserem konkreten Fall: die Anstellung als Ganzes zu kennzeichnen. Daraus ergebe sich, daß ein Widerspruch zwischen den Erkenntnissen der verwaltungsrechtlichen und der staatsrechtlichen Forschung im Grunde genommen garnicht möglich sei. In dem Augenblick, wo sich die Hoheitstheorie ihrer verwaltungsrechtlichen Basis ganz bewußt werde, müsse die zwischen ihr und der Vertragstheorie bestehende Fehde zum Ende kommen. Die juristische Qualifikation des bei der Anstellung mitwirkenden Verwaltungsakts bilde gewissermaßen nur eine Vorfrage für die Konstruktion der Anstellung als solcher. Vom staatsrechtlichen Standpunkt aus würde jede Untersuchung des gegenständlichen Tatbestandes von dem Vorliegen zweier gleich relevanter, auf den gleichen Erfolg gerichteter Willenserklärungen auszugehen haben. Ebenso wie bei *Kelsen* sei das eigentliche Problem nun darin gelegen, ob dieser Sachverhalt unter den Begriff des Vertrages gebracht werden könne oder nicht. Die Antwort darauf würde einerseits von der Bestimmung des Vertragsbegriffs, andererseits davon abhängen, ob man die Anwendung dieses ursprünglich zivilistischen Begriffs im Staatsrecht für zulässig erachte. Da letztere Frage mit Recht allgemein bejaht wird — denn der Vertrag ist ein „allgemeiner Rechtsbegriff“ — außerdem öffentlichrechtliche Verträge in der Praxis dauernd vorkommen, brauchen die zutreffenden Aeußerungen *Seidlers* über diesen Punkt wie auch über den ersten — da er sich den *Kelsen*schen Vertragsbegriff zu eigen macht [2]) — hier nicht weiter wiedergegeben zu werden. Im Ergebnis ist nach *Seidler*, wie oben schon gesagt, die Beamtenanstellung ein Vertrag, genauer: ein

[1]) a. a. O., S. 307.
[2]) S. o., S. 36.

„vertraglicher Verwaltungsakt", womit er sich der Hoheitstheorie nähert.

C. I. 2. Darstellung der Lehre vom Verwaltungsakt.

a) Auf Unterwerfung (*Otto Mayer*).

Trotz der zahlreichen Anhänger der Lehre vom Vertragscharakter der Beamtenanstellung darf diese Theorie doch nicht als allgemeine Rechtsauffassung angesehen werden. Vorherrschend[1]) ist eher die von *Otto Mayer* aufgestellte Lehre vom einseitigen Staatsakt in der Gestalt eines Verwaltungsakts auf Unterwerfung, deren Entstehung und Aufbau wir im folgenden zu erörtern haben. Anknüpfend an die Gönnersche Lehre der Betonung des staatlichen Uebergewichts bei der Interessenverfolgung einer Personengesamtheit im Verhältnis zum einzelnen Untertanen sowie an die Erklärung als zugehörig zum öffentlichen Recht schon aus seiner Begründungsform und nicht erst aus seinem Inhalt (wie *Laband* es zu tun gezwungen war), bestreitet *O. Mayer* zwar nicht die Möglichkeit von öffentlichrechtlichen Verträgen, hält aber deren Begriffsbestimmung, wie sie *Laband* gegeben, für zu weitgehend. Es genügt nicht die übereinstimmende Willenserklärung über einen gewollten Rechtserfolg, sondern für den Vertragsbegriff ist wesentlich die grundsätzliche Gleichheit[2]) der Wollenden. Da aber dem öffentlichen Recht nun einmal die Tendenz nach Befehl und Zwang, nach Ueber- und Unterordnung innewohnt, kann es bei grundsätzlicher Ungleichheit der beiden Rechtssubjekte Staat und Staatsangehöriger keine echten und ernsthaft gemeinten Verträge — die nur durch gleichwertig zusammenwirkende Willenserklärungen beider Teile entstehen können — geben. Bei der Beamtenanstellung ist der Wille des Anstellenden für den Inhalt des zu schaffenden Rechtsverhältnis von derart überragender Bedeutung, daß von einer Gleichheit der Parteien keine Rede sein kann. Die Zustimmung des Anzustellenden ist hierbei nicht mehr als eine gesetzliche Voraussetzung für die einseitige Willenserklärung des Anstellenden, eine condicio iuris; ohne sie darf die Anstellung nicht ausgesprochen werden, kann es aber. Aus diesem negativen Gesichtspunkt folgert *Otto Mayer*, kann somit die Anstellung kein Vertrag sein[3]), vielmehr entsteht, da nur der

[1]) Anschütz, Enzykl., S. 144 ff; Apelt; Bluntschli, S. 503 und 604; Bornhak, S. 29 ff; Brand, S. 63 ff; Brauchitsch, S. 6; Fleiner, S. 182/3; Friedrichs, S. 24 f; v. Gerber; Giese, S. 40; Harseim; Hatschek, S. 326; Herrnritt; Kaskel; Kormann, S. 37; Meyer-A. S. 576 ff; Petruschke; Preuß, S. 77 ff; v. Rheinbaben; Rönne, S. 406; Schücking, S. 169; Schulze § 99; Tezner a. a. O.; Trautmann; Walz, S. 142; Zachariä, S. 25; Zorn, S. 305.

[2]) Vgl. hierüber im Arch. ö. R. 3,37 ff.

[3]) Vgl. O. Mayer. DVR (1924) II, 148 ff.

behördliche Ausspruch über die Ernennung das allein Wirkende ist und die Natur der öffentlichrechtlichen Staatstätigkeit ihren hervorragenden Ausdruck im Begriff des Verwaltungsakts findet, das Dienstverhältnis mithin durch einen einseitigen staatlichen Verwaltungsakt, dessen Zulässigkeit und Gültigkeit freilich — hierdurch entsteht der Schein eines Vertragsverhältnisses — durch die Einwilligung des Beteiligten bedingt ist[1])". Aber *Otto Mayer* sieht in der Notwendigkeit der Zustimmung eine so wesentliche Eigentümlichkeit des betreffenden Verwaltungsakts, daß er eine besondere Kategorie des Verwaltungsakts hiefür annehmen zu müssen glaubt, deren Art er schon in der Bezeichnung zum Ausdruck bringt. Dabei erscheint es bemerklich, daß er in dieser Gattung des Verwaltungsakts auf Unterwerfung eine Art öffentlichrechtliches Gegenstück zum privatrechtlichen Vertrag erkennt[2]), die sich offenbar durch nichts anderes als die Verschiedenwertigkeit der beteiligten Willen von diesem unterscheidet. Der Angelpunkt der *Otto Mayer*'schen Lehre liegt in der Art und Bedeutung des Verwaltungsakts; er erblickt in ihm das verwaltungsrechtliche Gegenstück zu dem zivilgerichtlichen Urteil. *Mayer*'s Definition: „Ein Verwaltungsakt ist ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn rechtens sein soll", zeigt denn auch die innere Verwandtschaft. Hinter jeder staatlichen Willensäußerung steht somit ein Stück staatlicher Machtäußerung, das in seinem Uebergewicht dem Untertanen gegenüber von vornherein die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich hat, das allein schon durch sein Vorhandensein, durch seine „Selbstbezeugung"[3]) der Allgemeinheit den Zwang auferlegt, sich nach ihm zu richten, ihm zu unterwerfen. Aus dieser Kennzeichnung des Anstellungsakts als Verwaltungsakt ergeben sich nach *O. Mayer* wichtige Folgerungen: und zwar handelt es sich hier, da immer ein mehr oder weniger freies Ermessen bei der Auswahl des zu Ernennenden obwaltet, um eine Verfügung im eigentlichen Sinne[4]). Diese Verfügung kann nur ausgehen von einer Behörde, die für derartige Maßregeln zuständig ist. Wirksam werden sie erst durch die gehörige Kundmachung, die „Eröffnung". Ferner könnnn durch Gesetz oder Verordnung rechtssatzmäßig gewisse Voraussetzungen bezeichnet sein, welchen der Anzustellende entsprechen soll, sogenannte Anstellungsbedingungen,zu denen z.B. dieEinwilligung dessen gehört, über den der Akt ergeht, dem die Dienstpflicht auferlegt werden soll. „Die Nichteinhaltung dieser Regeln wird im Zweifel die

---

[1]) Meyer-Anschütz (1919) S 576; Preuß a. a. O., S. 97; Anschütz, Enzykl. S. 149. [2]) O. Mayer, VR II, 148.

[3]) O. Mayer VR II, 151.

[4]) Vgl. O. Mayer ebd., S. 149.

Wirkung haben, daß die Ernennung ungültig ist und zurückgenommen oder aufgehoben werden soll; solange dies nicht geschieht, bleibt sie wirksam"[1]), da die Einwilligung eben nur Anstellungsbedingung ist. Denn wie jeder Verwaltungsakt dadurch, daß er erlassen und kundgemacht wird, zugleich bezeugt, daß auch die Voraussetzungen seiner Gültigkeit gegeben sind, so stellt das Anstellungsdekret fest, daß die Anstellungsbedingungen, also auch die Einwilligung des Untertanen, vorliegen. Man kann also nach *O. Mayers* Ansicht ohne irgendwelches eigenes Zutun als Beamter angestellt und andererseits auch ohne Einwilligung entlassen werden; denn Anstellung und Entlassung müssen als actus contrarii in ihrer rechtlichen Struktur gleich sein[2]). Aus der Verwandtschaft mit dem zivilrechtlichen Urteil erhellt sich diese Widerstandsfähigkeit, die *O. Mayer* folgerichtig dem Verwaltungsakt gegenüber Unregelmäßigkeiten bei seiner Entstehung beilegt. Nur bei besonders grober Fehlerhaftigkeit, etwa bei mangelnder Behördeneigenschaft der erlassenden Stellen oder bei Zuständigkeitsüberschreitung ist der Verwaltungsakt *Otto Mayers* daher nichtig. Wegen der besonderen Wichtigkeit wollen wir noch einmal festhalten: Die ohne Einwilligung ergangenen diesbezüglichen behördlichen Verfügungen stellen nach *Otto Mayer* zwar fehlerhafte Staatsakte dar, sind aber nicht nichtig, sondern nur vernichtbar. Der Grund hierfür liegt in dem Uebergewicht des staatlichen Willens, was äußerlich in Erscheinung tritt durch die Form der Anstellung und Entlassung als eines Verwaltungsakts, der als solcher die Eigenschaft der „Selbstbezeugung" hat.

Die tiefere staatstheoretische Begründung seiner Ansicht findet *O. Mayer* in der Wandlung unserer Auffassung von der Staatsgewalt. „Der moderne Staat kann rechtlich schlechthin alles. Den Schutz der Freiheit suchen jetzt auch wir anstatt in einer äußerlichen Begrenzung seiner Gewalt in einer inneren Zuständigkeitsverteilung zwischen der Regierung und den mit Zustimmung einer Volksvertretung geäußerten Staatswillen, dem Gesetz nach jener Idee, welche unter dem nicht ganz angemessenen Namen der Trennung der Gewalten ihren Siegeslauf begann und auf welcher alle unsere Verfassungen gebaut sind. Dementsprechend ist jetzt das Wesen des öffentlichen Rechts sowie seine Abgrenzung vom Zivilrecht ganz anders bestimmt. Die Kraft der Staatsgewalt den Staatsbürgern gegenüber verdichtet sich nicht mehr zu einer Summe von einzelnen Befugnissen, sondern bedeutet ein allgemeines Recht, der höhere maßgebende Wille zu sein, bestimmend für den andern, besser gesagt: eine Eigenschaft

---

[1]) Mayer, VR II, 149.
[2]) Laband a. a. O. I, 524.

des Staatswillens von diesem Inhalt[1]," kurz die römische Staatsidee sei wiedergefunden für das Verhältnis zwischen Staat und Untertan, soweit es wenigstens öffentlichrechtlicher Art ist[1]).

b) Darstellung der Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt (*W. Jellinek*).

Jedoch die in der Praxis oft unbilligen Ergebnisse, zu denen die folgerichtige Durchführung der *O. Mayer*'schen Lehre führt, haben verhindert, daß sich diese Theorie auch in Gesetzgebung und Rechtsprechung durchsetzte. Zwar lehnte man aus vielen (unten zu erörternden) Gründen die Vertragstheorie ab; jedoch scheute man sich, eine ohne Einwilligung oder sonstigen gesetzlichen Grund ausgesprochene Entlassung, gegen die ein formelles Rechtsmittel damals nicht gegeben war, als — bis zu einer vielleicht einmal erfolgenden Aufhebung höhererseits — gültig zu behandeln. Infolgedessen entschied man von Fall zu Fall verschieden, ohne eine bestimmte Lehre anzuerkennen.

Jellinek'scher Rechtstatsachenforschung auf dem Gebiete der neuesten Rechtsprechung ist nun die neue Rechtsfigur des „zweiseitigen Verwaltungsakts"[2]) zu verdanken, die diesen Widerspruch zwischen Theorie und Praxis zu beseitigen suchte. Besonders ein von *Dernburg*[3]) gegebenes und von *O. Mayer*[4]) übernommenes Beispiel zeigte an Hand der Beamtenanstellung als eines einseitigen Verwaltungsakts, daß die praktischen Auswirkungen der theoretischen Erörterungen zu weittragenden und dem allgemeinen Rechtsgefühl wiedersprechenden Ergebnissen führen könnten: „Würde jemand zum Beamten ernannt, welcher, schwer erkrankt, längere Zeit von der Anstellung nichts erfährt, so war er Beamter, wenn er nur nicht ablehnt, von der Zustellung des Dekretes an; er war Beamter, wenn er in der Krankheit stirbt." Diese und ähnliche Konstruktionsformen[5]) auf der strengen Basis des Hoheitsaktes waren der äußere Anlaß zu *W. Jellinek*s neuer Untersuchung. Ebenso wie *O. Mayer* lehnt auch *W. Jellinek* eine Koordination von Staat und Bürger bei Eingehung des Staatsdienerverhältnisses in Form des öffentlichrechtlichen Vertrages ab, da die beiden Willenserklärungen beim zweiseitigen Verwaltungsakt nicht ganz so „innig verbunden" seien als beim Vertrag und der S t a a t überdies höher stehe, m e h r sei als die beteiligten

[1]) O. Mayer, Arch. ö. R. 3, 33.
[2]) Eingehend begründet in dem Aufsatz „Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung" in der Festgabe f. preuß. OVG 1925, S. 87 ff.
[3]) Lehrb. d. preuß. Privatrechts II, 579 Anm. 9.
[4]) Staatsrecht II, 151, Anm. 14 (bei ihm ist Dernburg falsch zittiert).
[5]) Vgl. noch Beispiel „Gemeindefeldhüter" bei W. Jellinek VR, S. 250.

Privaten, sodaß die Gleichwertigkeit der Willen fehle[1]). Eine vertragliche Entstehung, wie sie *Laband* wollte, lehnt *Jellinek* also ab. Der begrifflichen Steigerung auf seiten des Staates trägt der zweiseitige Verwaltungsakt sehr wohl Rechnung, da er aus zwei ungleichen Stücken besteht: „einer privaten Willenserklärung des einzelnen, die im großen und ganzen der sinngemäßen Anwendung des bürgerlichen Rechts unterliegt, und der nach öffentlichem Recht lebenden, also mindestens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit in sich tragenden Willenserklärung des Staates. Er bereitet daher für die Eingliederung in das öffentliche Recht keinerlei Schwierigkeiten, ist auch der Sache und neuestens auch dem Namen nach[2]) in der Rechtsprechung anerkannt[3])."

Der maßgebende Gesichtspunkt, unter dem *W. Jellinek* die Lehre vom Verwaltungsakt betrachtet, ist die Frage der Ueberprüfbarkeit, der Vernichtbarkeit dieser Staatsakte[4]). Er übernimmt zwar hierbei den *Otto Mayer*'schen Begriff des Verwaltungsakts auf Unterwerfung, bei dem die Annahme der „Unterwerfung" nur einen Anfechtungsgrund darstellt, bestreitet aber dessen Alleingeltung und schränkt seine Anwendbarkeit erheblich ein. Seiner Ansicht nach ist dieser von *O. Mayer* aufgestellte Verwaltungsakt nur ein Glied, und zwar ein höchstwertiges, in der Reihe der Verwaltungsakte. Viele andere führen von diesem urteilsähnlichen, grundsätzlich unüberprüfbaren Verwaltungsakt in langer Stufenfolge und vielen Wertschwankungen zu einem grundsätzlich nachprüfungsfähigen Verwaltungsakt, bis er schließlich in der bloßen Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit einen Nullpunkt, eine Grenze des ihm innewohnenden Wertes findet. Nicht alle Betätigungen des Staates sind deshalb als höchstwertige Verwaltungsakte nach dem Vorbild des gerichtlichen Urteils anzusehen. Deshalb braucht es nicht immer das gerichtliche Urteil zu sein, das dem Verwaltungsakt als Vorbild dienen muß. Und so zieht *Jellinek* in bewußter Anlehnung an *O. Mayer*'sche Beweisführung als eine andere Art staatlicher Aeußerungen im Prozeß die öffentlichen Urkunden zum Vergleich heran. Gerade sie sind gegenüber privaten Urkunden in doppelter Hinsicht bevorzugt, da sie hinsichtlich ihres Ursprungs und Inhalts die Vermutung der Echtheit wie der Richtigkeit und Gültigkeit ihres Inhalts für sich haben[5]). In beiden Präsumtionen darf man nicht nur „die Laune" eines auf beschränktem Gebiet tätigen Gesetzgebers[6]), sondern die „positive Ausgestaltung einer allgemeinen

[1]) W. Jellinek, Festgabe S. 96; VR 250 ff.
[2]) Vgl. z. B. RG III vom 22. 11. 29, RGZ 126, 145.
[3]) W. Jellinek, VR, S. 250 u. f.
[4]) Vgl. zum folgenden W. Jellinek, Festg., S. 100 ff.
[5]) ZPO §§ 415, 417, 437.
[6]) W. Jellinek, Festgabe S. 100.

Rechtsidee" erblicken, nach der Staatsakte zum mindesten die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich haben.

Wegen der Ausgestaltung, die diese Lehre — unterster Grenzfall ein in jeder Hinsicht überprüfbarer nur durch die Vermutung der Rechtsmäßigkeit und Gültigkeit zum Verwaltungsakt gestempelter Staatsakt, oberster Grenzfall grundsätzlich unüberprüfbarer Verwaltungsakt auf Unterwerfung — erforderte, lautete die Definition *Jellineks* vom Verwaltungsakt daher auch viel weiter als die *O. Mayers*: „Verwaltungsakte sind solche der Verwaltung zugehörigen auf eine Wirkung im Einzelfall berechneten Handlungen des Staates, die zum mindesten die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich haben, darüber hinaus aber in ihrer Wirksamkeit vielfach unabhängig sind von der Gesetzlichkeit ihrer Vorname" [1]). Bei der Ausgestaltung der verschiedenen Grade der Einseitigkeit und Zweiseitigkeit bei Handlungen des Staates kommt *W. Jellinek* zu folgendem Ergebnis [2]):

1. An erster und höchster Stelle steht der Verwaltungsakt, der vollkommen einseitig ohne Zuziehung des Beteiligten von der Behörde ergeht und ohne Zustellung an ihn wirksam wird, ohne daß dadurch die Verbindlichkeit für den Betroffenen irgendwie eingeschränkt würde (Beispiel: die Eintragung eines Gegenstandes in das Verzeichnis der national wertvollen Kunstwerke, die eine Ausfuhrbeschränkung zur Folge hat [3]).

2. Nahe verwandt ist diesem im Mittelpunkt der staatlichen Machtbefugnisse stehenden Rechtsgebilde der ohne Willensmitwirkung des Beteiligten ergehende aber empfangsbedürftige Verwaltungsakt (Beispiel: Polizeiverfügung).

3. Auf der nächsten Stufe steht sodann der Verwaltungsakt, der zwar nur auf Antrag oder mit Zustimmung des Beteiligten ergehen darf, aber in seiner Wirksamkeit von dieser Mitwirkung unabhängig ist, also *O. Mayers* sog. Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Bringt somit ein solcher fehlerhafter Verwaltungsakt noch keine ipso iure Ungültigkeitsfolgen zum Vorschein, so ist dies nicht mehr der Fall bei dem diesem noch höchstwertigen urteilsähnlichen Verwaltungsakt folgenden, dem

4. zweiseitigen Verwaltungsakt, der „nur auf Antrag oder mit Zustimmung ergehen kann", ohne diese also unwirksam ist. Das Wesen dieses zweiseitigen Verwaltungsakts läßt die Tendenz erkennen, daß der Mitwirkung des einzelnen beim Zustandekommen des Aktes die gleiche Bedeutung zukommt wie der Handlung des

---

[1]) W. Jellinek, a. a. O., S. 101.
[2]) ders a. a. O., S. 106/107.
[3]) lt. VO über die Ausführung von Kunstwerken vom 11. 12. 1919 (RGBl. 1919, 1961—63).

Staates, daß ein Fehlen der Mitwirkung des Bürgers den Akt also zur Unwirksamkeit führt. Antrag, oder Zustimmung sind hier begrifflich notwendige Elemente, ohne sie ist das Zustandekommen eines zweiseitigen Verwaltungsaktes undenkbar. Ein solcher zweiseitiger Verwaltungsakt hat aber im Zweifel die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich. Und weiter spricht in den Fällen, bei denen eine tätige Mitwirkung des Staatsangehörigen in Form eines Antrags oder einer Zustimmung am Zustandekommen eines ihn betreffenden staatlichen Aktes erforderlich wird, im Zweifel die Vermutung für die Annahme eines zweiseitigen Verwaltungsaktes (Beispiel: besonders Beamtenanstellung und Entlassung, Einbürgerung).

Der Vollständigkeit dieses Systems halber sei noch der an letzter und tiefster Stelle befindliche öffentlichrechtliche Vertrag genannt, der durch zwei vollkommen gleichwertige Willenserklärungen zustandekommt, bei dem der Staat seinem Vertragspartner gegenüber überhaupt nichts mehr voraus hat. In ihm tritt uns der vollendete Typ der Zweiseitigkeit gegenüber, der für die Beamtenanstellung wegen der Ungleichheit der Rechtssubjekte und der hier nicht so „innig verbundenen" Willenserklärungen auch für *W. Jellinek* nicht weiter in Betracht kommt (Beispiel: Vertrag zweier Gemeinden über Wegeunterhaltungspficht, Eingemeindungsvertrag).

Machen wir uns den Gegensatz der *Mayer*'schen und *Jellenik*schen Auffassung noch einmal an dem konkreten Beispiel der ohne Einwilligung des Betroffenen ergangenen, also gesetzwidrigen, aber mit einem formellen Rechtsmittel nicht angreifbaren Entlassungsverfügung klar, so ergibt sich folgendes: Nach *O, Mayer* ist der Verwaltungsakt zwar fehlerhaft, bleibt aber kraft seiner „Selbstbezeugung" solange bestehen, bis er auf den Rechtsbehelf der Gegenvorstellung hin -- vielleicht einmal — aufgehoben wird; andererseits bleibt er in Kraft. Nach *Jellinek* gilt dagegen die Verfügung zwar auch bis zur Aufhebung als zu Recht ergangen, aber ihre Gesetzwidrigkeit kann von dem Entlassenen jederzeit, wenn auch nicht unmittelbar so doch mittelbar, durch Einklagung des Gehalts, geltend gemacht werden.

C II. Kritik und Ergebnis.

1. Kein Vertragsschluß, sondern Verwaltungsakt.

Haben wir somit die Kernpunkte der modernen Lehren knapp umrissen, so wollen wir jetzt noch kritisch zu ihnen Stellung nehmen und nötigenfalls einer eigenen Ansicht Raum zu geben versuchen. Als erstes Hauptproblem haben wir die Frage zu beantworten, ob in der Beamtenanstellung der Abschluß eines

öffentlichrechtlichen Vertrages oder ein irgendwie gearteter Verwaltungsakt zu erblicken ist.

Es ist Allgemeingut von Wissenschaft und Praxis, daß auch im öffentlichen Recht Personen von rechtlicher Handlungsfähigkeit vorhanden sind, die zueinander in rechtliche Beziehungen treten, Willenserklärungen abgeben, welche bestimmt und geeignet sind, rechtliche Wirkungen herbeizuführen. Die Rechtsfigur hierfür: das „Rechtsgeschäft" ist uns ebenfalls geläufig, sodaß das Vorhandensein öffentlichrechtlicher Rechtsgeschäfte nicht zu leugnen ist[1]). Von hier zum öffentlichen Vertrag, dessen Möglichkeit in der Literatur umstritten ist, bedeutet nur einen kleinen Schritt. *O. Mayer's*[2]) Behauptung, es gäbe im öffentlichen Recht überhaupt keine eigentlichen Verträge, ist in dieser Form unhaltbar. Denn der Vertrag ist kein ausschließlich dem Privatrecht angehörendes Rechtsinstitut; das beweisen uns die zahlreichen Beispiele auf den Gebieten des Völker- (Staatsverträge), Kirchen- (Konkordate) und Prozeßrechts (Prorogation ZPO § 38)[3]). Auch dem Verwaltungsrecht ist der Vertragsbegriff an sich nicht fremd, wiewohl das häufig bestritten ist[4]). Nur muß man erkennen, daß sich hauptsächlich zwei Tatbestände diesem Oberbegriff unterstellen lassen: einmal Rechtsgeschäfte, die zwischen Trägern öffentlicher Gewalt zum Abschluß kommen — wie z. B. Verträge von Kommunalverbänden über den Bau und die Unterhaltung von Schulen, Wegen und Brücken, Eingemeindungen u. a. m. — und Abmachungen, die zwischen dem Staat und einer Privatperson vereinbart werden, also nur auf der einen Seite ein öffentliches Rechtssubjekt aufweisen. Im ersten Fall muß der Begriff eines öffentlichrechtlichen Vertrages anerkannt werden, da die beiden Beteiligten Träger öffentlicher Gewalt sind[5]). Anders jedoch im zweiten Fall, wo sich Staat (der Träger des Imperiums) und Untertanen gegenüberstehen, denn der Satz„ in contractibus natura aequalitatem imperat"[6]) darf allgemeine Gültigkeit für die Entstehung von Rechtsbindungen jeder Art, also auch für den öffentlichrechtlichen Vertrag beanspruchen[7]); er

---

[1]) Vgl. darüber O. Mayer, Arch. ö. R. 3, 44; Cosack, Lehrb. I, 152 und h. M.; a. A. G. Meyer, Ann. 1878, 383 wegen der Gefahr zivilrechtlicher Hintergedanken — aber wo besteht nicht die Gefahr begrifflicher Verwässerung?

[2]) Arch. ö. R. 3, 1 ff. VR II, 262.

[3]) Vgl. Schwertfeger, Diss. S. 33.

[4]) Vgl. Schoen in Holtzendorffs Enzykl. IV 259—60; Fleiner Inst. S. 109; Kornmann, Sytst. S. 30; Apelt a. a. O., S. 56.

[5]) Fleiner a. a O., S. 199 ff; Apelt a. a. O. Kornmann a. a. O. S. 30; W. Jellinek, VR 245/46. — Daß Merkel Allgem. VR. 191, 308 in den öffentl.-rechtl. Verträgen nur eine Abart des Verwaltungsakts sieht, wurde oben schon gesagt.

[6]) Zitat aus anderem Zusammenhang herausgenommen bei H. Grotius: De iure belli apacis. II c. 12, 18.

[7]) Trautmann (Diss.) S. 30.

bringt zum Ausdruck, daß ein Vertrag mit nicht gleichgeordneten Personen etwas Abnormes darstellt[1]). Gleichartig können sich Gesamtperson und Einzelperson einzig und allein auf dem Gebiet gegenüberstehen, für welches ihr Wesensunterschied nicht in Betracht kommt[2]). Ihr Wesensunterschied besteht in nichts anderem, als daß die Gesamtperson aus Gliedern zusammengesetzt ist, die Einzelpersonen nicht. Als gleichartig kann beide daher nur ein Recht behandeln, das grundsätzlich von allen Verschiedenheiten in der Struktur der inneren Gliederung seiner Rechtssubjekte absieht. Das tut aber einzig und allein das individualistische Privatrecht, das Vermögensrecht. Deshalb werden allein auf dem Gebiete des Vermögensrechts Gesamt- und Invidualpersonen als gleichartig behandelt. Als Beispiel seien (Steuerbefreiungsverträge[3]) sowie Loskaufverträge der Wohnungszwangswirtschaft genannt, die diese Tendenz in sich haben. Wenn nun die Gleichartigkeit der Kontrahenten allgemein als unbedingte Voraussetzung des Vertragsbegriffes anerkannt ist, so folgt, daß Verträge zwischen Gesamtpersonen jeder Art und Einzelpersonen nur im Vermögensrecht begrifflich denkbar sind. Ausgeschlossen ist deshalb die Möglichkeit eines Vertrages zwischen Gesamtperson und Gliedperson auf dem Gebiete der Angehörigkeits- und Organschaftsverhältnisse, die es ja gerade nur mit der Struktur und der inneren Gliederung der Gesamtperson zu tun haben, für die also die Ungleichartigkeit von Gesamt- und Individualperson ausschlaggebend ist.

Da man so nicht zur Aufrechterhaltung eines öffentlichrechtlichen Vertrages für die Beamtenanstellung kam, glaubte man, von den Grund- und Menschenrechten her zu dem Ergebnis gelangen zu können. Da doch den Bürgern im öffentlichen Recht eine gewisse Bewegungsfreiheit verfassungsmäßig gewährleistet sei, so wäre innerhalb des Freiheitsgebietes eine freie Willenseinigung zwischen Staat und Individuum möglich, die als Vertrag zu bezeichnen sei und ihrer Struktur nach öffentlich-rechtlichen Charakter zeige. Jedoch ist die Freiwilligkeit des Eintritts in den Staatsdienst nicht identisch mit der vertragsmäßigen Entstehung des ganzen Verhältnisses. Hiermit ist noch keine Gleichartigkeit der beiden Beteiligten erbracht. Wäre das der Fall, so müßte doch auch bei Vertauschung der Parteirollen[4]) der Beteiligten das Verhältnis bestehen bleiben — d. h. Kläger müßte zum Beklagten werden können und umgekehrt im übertragenen Sinn — da die Möglichkeit der Umkehrung doch die Gleichartigkeit der Parteien am besten erweist. Eine solche Vertauschung

[1]) Kormann, Syst. S. 32.

[2]) Vgl. zum folgenden Preuß a. a. O., S. 84; Fleiner, Inst. 36 ff; O. Mayer VR I²(1895) S. 142 ff; G. Jellinek, 60 ff; W. Jellinek, VR 83.

[3]) Vgl. z. B. § 43 pr. Kommunalagb. Ges. 14. 7. 93.

[4]) Vgl. Preuß a. a. O., S. 86.

der Parteirollen ist aber bei der Beamtenanstellung eine unvollziehbare Vorstellung. Schließlich folgt auch aus der der Freiheit der Berufswahl folgenden Freiwilligkeit des Eintritts in das Berufsbeamtentum zunächst nichts weiter, als daß mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung das Verhältnis nicht wider den Willen des Beamten begründet werden kann. Daß jedoch Willensübereinstimmung noch keinen Vertrag bedeutet — worauf namentlich *O. Mayer*[1]) und *Dantscher*[2]) mit Recht aufmerksam gemacht haben — das ist so einleuchtend, daß es sogar von verschiedenen Anhängern dieser Lehre zugegeben werden muß[3]). Schon *Gönner* bezeichnet es als einen „folgenschweren Irrtum der Rechtslehrer, . . . wenn sie glauben, das Einverständnis zweier Subjekte über Rechte und Pflichten mache das ganze Wesen eines Vertrages aus[4])." Die Willensübereinstimmung kann Vertrag sein, braucht es aber nicht[5]). So wird im Privatrecht niemand auf den Gedanken kommen, von einem Vertrag zu sprechen, wenn ein Dritter mit Zustimmung des Eigentümers, dessen Sache beschädigt oder sie veräußert, belastet usw. (BGB § 185). Für das öffentliche Recht hat *Dantscher* a. a. O. treffend betont, daß man bei gegenteiliger Auffassung zu dem Ergebnis kommen müsse, jede dem Ansuchen einer Partei entsprechende Verfügung sei Vertrag. „Das, was hinzukommen muß, um die Willensübereinstimmung zum Vertrag zu erheben, ist die rechtliche Gleichwertigkeit der beteiligten Willen; sie aber gerade fehlt nach der modernen Auffassung in dem Verhältnis zwischen dem Untertan und dem überragenden Inhaber des Imperiums[6])." Das heutige Recht bietet Beispiele in Hülle und Fülle[7]), daß die notwendige Einwilligung der betreffenden Gliedperson nicht die Einseitigkeit des Aktes der Gesamtperson ausschließt. Man braucht nur an die Naturalisation und die Konzessionserteilung, an die Verleihung von Patenten und Korporationsrechten usw. zu denken. Wollte man hier — unter Weglassung des Erfordernisses der Gleichwertigkeit der Parteien — einen Vertrag annehmen, so wäre jede Polizeierlaubnis, Bauerlaubnis, Jagdscheinerteilung, jede auf Antrag zu erteilende Genehmigung als ganzes betrachtet ein Vertrag. Es hat doch auch noch niemand daran gedacht, von einem Vertrag zwischen dem Testator und dem Testamentserben, zwischen dem Vormund und Vormundschaftsrichter, zwischen dem Gewählten und seinen Wählern („Mitgliedschaft an einer Kammer, Präsidentschaft einer

[1]) Arch. ö. R. 3, 45 ff.
[2]) Die politischen Rechte der Untertanen, S. 94.
[3]) Vgl. z. B. G. Jellinek, System S. 207.
[4]) a. a. O., S. 84.
[5]) Vgl. zum folgenden Fleiner, Inst. S. 35.
[6]) Fleiner a. a. O., S. 35.
[7]) Vgl. z. B. Preuß, a. a. O., S. 81/82; Jellinek, Festgabe S. 93.

Republik, Einsetzung einer neuen Dynastie[1])") zu sprechen, was man aber tun müßte, wenn man die Gleichwertigkeit aus dem Vertragsbegriff herausnimmt. Auf welch schiefe Ebene man mit diesem Vertragsbegriff gerät, zeigen diese Beispiele wohl zu Genüge.

Sehen wir uns die einzelnen Teile der Beamtenanstellung an[2]), so finden wir, daß der Zustimmungserklärung, da sie auf einen selbständigen Rechtserfolg (die Anstellung bezw. Entlassung) gerichtet ist, zwar die Eigenschaft der Willenserklärung im gemeinen Sinne zukommt. Im Gegensatz zu der vertraglichen Willenserklärung der Offerte, aber erzeugt hier der Antrag keinerlei Bindung und ist daher bis zur Kundgabe des erstrebten Verwaltungsaktes frei widerruflich. Der Antrag beweist ferner seine eigene Ausgestaltung durch das Erfordernis der Eindeutigkeit im Gegensatz zu der auslegungsfähigen privatrechtlichen Willensäußerung. Aus der dem Antrag mangelnden eigenen rechtlichen Bindung ergibt sich daher die Gegenstandslosigkeit der Vorschriften über Anfechtung wegen Irrtums, Drohung, Täuschung bis zum Erlaß des Verwaltungsakts. Der Anstellungsakt ist also nicht, wie die Vertragsannahme als eine Willenserklärung im gewöhnlichen Sinn, sondern als eine mit den besonderen Eigenschaften des Staatshoheitsaktes ausgestattete aufzufassen, deren Rechtsbeständigkeit größeren Schutz genießt als die im Privatrecht ausgebildete vertragliche Willenserklärung.

Gegen die Vertragsnatur der Beamtenanstellung spricht ferner, daß die Rechte und Pflichten der Beamten jederzeit (z. B. auf dem Wege über Art. 48 oder Art. 76 RV.) abgeändert werden können, ohne daß der Beamte Einfluß darauf hat[3]) — ein Vertrag aber, dessen Bestimmungen von dem einen Beteiligten nach Belieben abgeändert werden können, hat mit dem, was man gemeinhin unter „Vertrag" versteht, nichts als den Namen gemeinsam. Auch die Konstruktion eines „streng einseitigen Vertrages"[4]) zur Erklärung einer solchen Unmöglichkeit dürfte der Vertragstheorie wenig helfen.

Daß die Verletzung der Beamtenpflichten nicht eine Vertragsverletzung sondern Dienstvergehen ist, daß eine Kündigung des Dienstverhältnisses nach Vertragsgrundsätzen grundsätzlich ausgeschlossen ist, spricht zwar gegen ein vertragliches Verhältnis, nicht aber — worauf es hier ankommt — gegen die Entstehung des Verhältnisses durch Vertrag. Wohl aber läßt sich noch ein weiterer Grund gegen die Vertragstheorie, die notwendig die Freiwilligkeit des Eintritts in den Staatsdienst annehmen muß,

[1]) G. Jellinek, System S. 199, der dies tatsächlich annimmt.
[2]) Vgl. zum folgenden Jaschkowitz, Arch. ö. R. NF 17, S. 321 ff, bes. S. 364/65.
[3]) So auch Klüber, Verw. Arch. 31, 136 ff., bes. 168 ff.
[4]) G. Jellinek, System S. 217 f.

vorbringen: nämlich wie sich die Vertragstheorie mit dem Institut des Ehrenbeamtentums vereinbaren läßt. Denn einerseits besteht vielfach bei diesen eine gesetzliche Pflicht zur Annahme, andererseits ist aber kein Grund ersichtlich[1]), weshalb man diesen Beamten einen anderen Charakter zumessen soll als den Berufsbeamten, indem man mit *Laband* in dem Ehrenbeamtentum etwa eine „Zwischenbildung zwischen dem Dienstverhältnis des Beamten und der Amtspflicht der Untertanen“ [2]) erblickt. Wollte man dies aber mit *Laband* tun und beschränkt man den Vertrag als Begründungsakt auf den freiwillig in die Staatslaufbahn eintretenden Berufsbeamten, so kann man von ihm nicht mehr als Grundlage des Staatsdienstes überhaupt sprechen. Dann muß man jedenfalls einen anderen gleichberechtigten Akt für den zwangsmäßig tätig werdenden Ehrenbeamten daneben stellen und ihn juristisch einordnen. „Die Frage — und so sehr sie auch in ihrem Grundprinzip zu verwerfen ist, da sie die Einheit des deutschen Berufsbeamtentums auseinanderreißt, um darauf die Theorie eines Dienstvertrages aufbauen zu können — ist aber nicht mit einem kurzen Hinweis auf die „Untertanenpflicht“ abgetan; hier hat die Vertragslehre demnach bisher völlig versagt“ [3]).

Man kann sich für die vertragsmäßige Entstehung ferner nicht auf die ethische Seite des Staatsdienerverhältnisses, die Treue und Hingebung, welche von Beamten gegenüber dem Staat gefordert wird, berufen. Denn abgesehen davon, daß derartige Erwägungen, die in das Gebiet der Ethik hinüberspielen, keine Rechtspflichten begründen können, möge daran erinnert werden, daß gerade der Dienst, der in dieser Hinsicht die größten Anforderungen stellt und die höchste Hingabe für den Staat verlangt, der Militärdienst, bis vor kurzem kraft gesetzlicher Verpflichtung geleistet wurde.

Die Unhaltbarkeit der Vertragstheorie zeigen aber vor allem die schon oben (S. 37) gezeigten Folgen, daß man nämlich jede Naturalisation, Konzessionserteilung, jede Polizeierlaubnis, Bauerlaubnis, jede auf Antrag zu erteilende Genehmigung, ja das Verhältnis zwischen Vormund und Vormundschaftsrichter, zwischen Testator und Testamentsvollstrecker usw. als Vertrag ansehen müßte.

Schließlich kann auch die Wiener Schule, wie wir gesehen haben, weder vom rechtspositivistischen noch vom staatstheoretischen Standpunkt Neues zur Unterstützung des Vertrags beitragen. Daß *Kelsen* zu dieser Auffassung gelangt, nimmt nicht wunder, da er doch den Unterschied von öffentlichem und privatem Recht leugnet, infolgedessen die Rechtsstellung von Staat

[1]) Meyer-Anschütz a. a. O. S. 576; Preuß S. 82; Schoen, Holtzend. Enzykl. IV, 260; Trautmann S. 32; Schwertfeger S. 32.

[2]) Laband, Staatsr. I, 434 Anm. 2.

[3]) Trautmann, Diss. S. 32.

und Einzelnem bei der Anstellung für rechtlich gleich erheblich ansieht. Daß *Kelsen* seine Stellung selbst für recht schwach hält, haben wir oben bereits gesehen, da er es sowohl auf die Begriffsbestimmung des Vertrages abstellt als auch eine Festlegung de lege lata im Sinne des Staatshoheitsaktes befürwortet. Andererseits bringt auch die merkwürdige Konstruktion *Merkls,* die er selbst für „nicht glücklich" hält, nichts zur Unterstützung der Vertragstheorie, was daraus zu erklären ist, daß er zu ihr „als charakteristischer Vertreter einer reinen Verwaltungslehre" gelangt[1]), d. h. während er den Vorgang bei der Anstellung zu betrachten meint, erkennt er doch in Wahrheit nichts anderes als die Verwaltungstätigkeit bei dieser. Also ein sehr enger Gesichtswinkel. Schließlich erhellt die Zwitterbildung *Seidlers* vom „vertraglichen Verwaltungsakt" doch die Hilflosigkeit der ganzen Vertragstheorie blitzlichtartig.

Wenn auch *Laband* aus seinem Staatsdienstvertrag ebenfalls ein Gewaltverhältnis hervorgehen lassen will — wobei er mit aller Schärfe den Gegensatz dieses Verhältnisses zu den Kontraktsverhältnissen des Obligationenrechts betont, so vermag doch ebenso „wie die immer wiederholte Anwendung des Epitheton ornans öffentlichrechtlicher Beiwörter an der individualistischen Natur der Rechtsform des Vertrages nichts zu ändern, auch die immer wiederholte Behauptung, dem individualistischen Vertrage nicht die Wunderkraft zu verleihen, das heterogene Wesen eines organischen Gewaltverhältnisses aus sich heraus zu erzeugen[2])." Denn wenn auch vom Standpunkt aus, der *Jellinek* und *Laband* gemeinsam ist, diese Folgerungen logisch unabweisbar sind, so ist man doch mit ihnen auf dem besten Wege, das organische Bindegewebe der politischen Gemeinwesen in ein System individualistischer Vertragsverhältnisse aufzulösen und damit gerade in den Kardinalfehler des Naturrechts, das sonst von der *Laband*schen Schule übermäßig hart beurteilt wird, zurückzufallen. Und das, obwohl doch gerade das W e s e n d e r m o d e r n e n S t a a t s g e s t a l t u n g in der B e s e i t i g u n g d e r i n d i v i d u a l i s t i s c h e n H e r r s c h a f t s v e r h ä l t n i s s e besteht, an deren Stelle durchweg die organische, korporative Herrschaft von Gesamtpersonen über ihre Gliedpersonen getreten ist[3]).

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Vertragstheorie vom rechtspositivistischen wie vom staatstheoretischen Gesichtspunkt aus versagt hat. Eine Feststellung, die durch das haltlose Hin und Her unter ihren letzten Vertretern, insbesondere bei der Wiener Schule erhärtet wird.

[1]) Seidler a. a. O. S. 305.
[2]) Preuß a. a. O., S. 89.
[3]) Preuß a. a. O., S. 87 ff, 90. Köttgen im Handb. d. Dtsch. St. R. II § 67, S. 1 ff, 4.

Weder Verwaltungsakt auf Unterwerfung noch zweiseitiger Verwaltungsakt, sondern mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt.

Nach der Ablehnung der Vertragstheorie haben wir noch dazu Stellung zu nehmen, ob wir in der Beamtenanstellung einen einseitigen, einen zweiseitigen oder sonstwie gearteten Verwaltungsakt zu erblicken haben. Welch praktische Bedeutung dieser Frage beikommt, haben wir am Ende der Darstellung der *Jellinek*schen Lehre schon gezeigt. Es handelt sich darum, ob der staatliche Wille bei der Beamtenanstellung und -entlassung derart überwiegt, daß er die fehlende Mitwirkung des Bürgers überwindet oder nicht. Um hier von vornherein Klarheit zu schaffen, wollen wir das Wesen des Verwaltungsakts zu erfassen suchen [1]). Auszugehen ist davon, daß jede obrigkeitliche Tätigkeit des Staates selbst einen Staatsakt darstellt. Aber nicht jeder Staatsakt ist ein Verwaltungsakt, sondern nur der, der von der Verwaltung ausgeht. Staatsakte sind außerdem Handlungen der Justiz und der Gesetzgebung. So ergibt sich, daß zwar jeder Verwaltungsakt Staatsakt ist, aber nicht jeder Staatsakt Verwaltungsakt. Die nähere Begriffsbestimmung des letzten ist streitig. Wir hatten bereits die Begriffsbestimmung *O. Mayers* und *W. Jellineks* kennengelernt, die den weiteren Begriff des Verwaltungsakts — das ist jede Verrichtung staatlicher „Verwaltung", wobei „Verrichtung" jedes aktive und passive Verhalten bedeutet und „Verwaltung" Justiz und Verwaltung umfaßt — bereits mit Recht ausgeschieden haben [2]). In naher Verwandtschaft mit dem *Jellinek*'schen Begriff befindet sich nun die Auffassung, wonach Verwaltungsakt nur die mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene, auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Handlung einer Verwaltungsbehörde ist. Endlich wird die Lehre von den rechtsgeschäftlichen Staatsakten vertreten (*Kormann*), die als Verwaltungsakte im eigentlichen Sinn bezeichnet werden. Doch ist der Begriff des publizistischen Rechtsgeschäfts weiter als der Begriff des Verwaltungsakts im eigentlichen Sinn. Zwischen den rein tatsächlichen und den rechtsgeschäftlichen Akten steht die Gruppe der rechtshandlungsmäßigen Verwaltungsakte. Hier denkt man an die Beurkundungen und die Mitteilungen der Behörden. Der Verwaltungsakt im eigentlichen Sinn, d. h. der rechtsgeschäftliche Verwaltungsakt, sondert die Rechtshandlungen aus dem weiteren Begriff aus.

Kommen wir nun wieder zum Thema zurück und beantworten die Frage: worin liegen die Fehler der *Otto Mayer*schen Lehre? Wenn *Laband* [3]) die Mayersche Lehre damit ad absurdum führen will, daß er die Gemeindebeamten mit der Be-

[1]) Vgl. zum folgenden Stier-Somlo im HWR-RW 1929, Bd. 6, S. 567 ff.
[2]) S. hierüber Stier-Somlo a. a. O. im HWR-sW 1929, VI, 567.
[3]) Staatsrecht I, 448/49 Anm. 3.

gründung in Gegensatz zu den allgemeinen Staatsdienern stellt, die Berufung in den Staatsdienst könne deshalb nicht auf einem einseitigen staatlichen Hoheitsakt beruhen, weil die Gemeindebeamten (und ebenso die Beamten der Korporationen, öffentlichen Anstalten etc.) im Dienste der Gemeinden stünden und diese zu staatlichen Hoheitsakten nicht fähig wären, so ist dies haltlos, da doch die Gemeinden wie überhaupt öffentliche Korporationen sehr häufig und in weitem Umfange kraft staatlicher Delegation mit Hoheitsrechten ausgestattet sind. Von diesem Gesichtspunkt aus den Hauptton bei den öffentlichrechtlichen Beamten auf ihre Beziehung zu einem politischen Gemeinwesen (Reich, Staat, Kommunalverband) legend, haben wir diesen Einwand schon wiederlegt[1]. Im übrigen braucht man nur *Laband* gegen *Laband* auszuspielen:[2] „Wenn die Gemeinde befugt ist, mit Rechtskraft (Erzwingbarkeit) zu befehlen, so handelt sie im Namen und Auftrag des Staates in Stellvertretung oder kraft Delegation desselben; es ist nicht ihre Macht sondern die des Staates, welche sie in Bewegung setzt; es ist nicht ihr eigenes sondern ein fremdes Recht, welches sie geltend macht“[3]. Und weiter: „Die Gemeindebeamten figurieren als mittelbare Staatsbeamten[4].“ Alle diese Aeußerungen stimmen mit der hier vertretenen Ansicht vollkommen überein.

Wohl aber lassen sich gegen den „Meister des Verwaltungsrechts“ schon in terminologischer Hinsicht zwei Bedenken nicht unterdrücken. Rein äußerlich, weil man bei dem Begriff der Verwaltungsakte auf Unterwerfung von dem Einfluß einer polizeistaatlichen Gewaltideologie nicht loskommt, die aber ganz zu Unrecht ihre Schatten auf das heutige Beamtenwesen wirft. Denn nicht die Unterwerfung im früher gemeinten Sinne ist das Wesentliche, sondern die Einseitigkeit des Begehungsaktes, die *Otto Mayer* durch seine Prägung zum Ausdruck bringen wollte. Inhaltlich hat man mit Recht gegen den *O. Mayer*'schen Begriff eingewendet, daß er zu weit sei, da man die nicht hoheitlichen Handlungen des Staates nicht mehr unter die Verwaltungsakte zu zählen hat[5]. Sachlich ist bei *O. Mayers* Lehre nicht einzusehen, weshalb der Verwaltungsakt auf Unterwerfung als hoheitlicher Akt „ohne gesetzliche Grundlage“ auf Grund der Einwilligung des Betroffenen[6] ergehen soll — wobei die Einwilligung von *O. Mayer* mit dem terminus technicus „Unter-

[1]) Mayer-Anschütz, S. 573; Preuß, S. 82; Petruschke Diss., S. 52; Trautmann, Diss. S. 33.
[2]) Vgl. Trautmann a. a. O., S. 33.
[3]) Laband, Staatsr. I, 70.
[4]) ders. ebd. I, 70/71.
[5]) Vgl. hierzu Stier-Somlo a. a. O., S. 574.
[6]) O. Mayer, VR I (1895), 98.

werfung" belegt, die sonst erforderliche gesetzliche Normierung ersetzen soll — die Schranke des verfassungsmäßigen Vorbehalts, die zu Gunsten der Untertanen errichtet ist, beseitigt[1]). Erstens ist nicht einzusehen, wieso gesetzlich geregelte Akte wie die Beamteneinstellung, Einbürgerung etc. der gesetzlichen Grundlagen entbehren sollen. Dagegen sprechen schon die vielen Bestimmungen[2]), die das Beamtenverhältnis bis in alle Einzelheiten rechtlich festgelegt haben. Hierdurch würde ja dem deutschen Beamtenrecht seine Rechtsgrundlage weggenommen, was — da, abgesehen davon, daß die Verfassungsbestimmungen ignoriert würden — unmöglich ist, solange man das Beamtentum als Rechtseinrichtung bejaht. Zweitens kann es aber Verwaltungsakte ohne solche Grundlage im Rechtsstaat überhaupt nicht geben, da doch nach dem Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung die Machtäußerung des handelnden Staates unter gesetzlichen Normen stehen muß. Daß *O. Mayer* sich dieses Fehlers nicht bewußt geworden ist — wo er doch selbst den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung anerkennt[3]) — nimmt wunder.

Schließlich drittens kann die einem Verwaltungsakt notwendige gesetzliche Grundlage — nach h. M. und feststehender Rechtsprechung des OVG — niemals durch Einwilligung des Beteiligten ersetzt werden, sodaß die Auffassung der „Unterwerfung" als Gesetzesersatz schon aus diesem Grunde abwegig ist.

Weshalb man jedoch an der O. Mayerschen Lehre insbesondere Kritik übt und ihre Folgerungen in der Praxis zu ziehen sich scheut, liegt doch, wie wir früher schon betonten, darin, daß das Problem des fehlerhaften Staatsaktes nicht rechtslogisch, sondern rechtspolitisch „rechtsteleologisch"[4]) zu lösen ist. „Und hier ist doch die O. Mayersche Lehre ihrer höchst bedenklichen Folgen halber unerträglich"[5]). Außerdem ist man geneigt, bei den Vertretern der einseitigen Hoheitstheorie eine vielleicht unbewußte Verschiebung in der Betrachtungsweise anzunehmen, bei der nicht mehr die Anstellung als solche, sondern nur die staatliche Tätigkeit anläßlich der Anstellung (verkörpert etwa in der einseitigen Ausstellung der Urkunde) als Objekt zur Untersuchung steht[6]). Die Versuche, ihren größten Mangel, die Machtlosigkeit des zu Unrecht Entlassenen, durch Konstruktion einer behördlichen Anfechtungspflicht zu beseitigen, wurden in Wissenschaft und Praxis stets mit dem Hinweis auf das „pflichtgemäße Er-

[1]) Vgl. zum folgenden die kritische Stellungnahme von Anschütz in JW 1927, 427 ff.
[2]) Die RV, RBG, Länderverfassungen und deren Gesetze.
[3]) O. Mayer, VR I, 76 ff.
[4]) Ausdruck v. Hippels a. a. O., S. 44
[5]) Schwertfeger, Diss. S. 39.
[6]) So auch Seidler a. a. O., S. 304.

messen" der Behörde abgewiesen [1]). Hier bringt die *Jellinek*sche Theorie wirklich eine brauchbare Grundlage zur Ueberwindung dieses Widerspruchs zwischen Rechtslehre und Rechtswirklichkeit, da *Jellinek* die Mängel der Vertrags- wie der einseitigen Staatsaktstheorie vermeidet, indem er den staatlichen Akt zwar stärker sein läßt als die Willenserklärung des Bürgers, andererseits aber diesem die Möglichkeit gibt, jederzeit die Aufhebung einer gesetzwidrigen Verfügung zu erzwingen.

Allerdings ist auch die *Jellinek*sche Lehre nicht frei von Mängeln. Schon rein äußerlich erhebt sich in terminologischer Hinsicht ein Zweifel. Der Ausdruck „zweiseitiger Verwaltungsakt" ist nicht bezeichnend. Gewiß liegt in den fraglichen Fällen etwas Zweiseitiges vor: auf der einen Seite ein Akt der Staatsgewalt, auf der andern eine Privatwillenserklärung, von deren Dasein und Wirklichkeit mindestens die Zulässigkeit des Aktes abhängt [2]). Aber durch diese Abhängigkeit wird der Akt doch noch nicht zweiseitig (in dem Sinne etwa, daß zwei Verwaltungsbehörden einander gegenübertreten). Außerdem rückt durch diesen Ausdruck doch die logisch unmögliche Vorstellung allzu nahe, daß der Verwaltungsakt selbst, also die dem Staat zuzurechnende Willenserklärung, als etwas Zweiseitiges aufzufassen sei. Dem Substantiv scheint eine Eigenschaft beigelegt, die ihm nicht zukommen kann. Auch im Privatrecht wird ja der Begriff der Zweiseitigkeit nur für Rechtsgeschäfte verwendet, während Willenserklärungen auch hier nur empfangs- oder annahmebedürftig sein können [3]).

Das geäußerte terminologische Bedenken ist jedoch für die Sache selbst von minderer Bedeutung. Gegenüber den bereits wiederholt vorgebrachten Kritiken hat sich auch *Jellinek* dahin zurückgezogen, den von ihm eingeführten Ausdruck als eine Art Notbehelf zu bezeichnen.

Hinsichtlich der sachlichen Mängel beruht der von *Anschütz* [4]) vorgebrachte Einwand, die neue Theorie sei „eine zu weitgehende Abweichung von dem wohlbegründeten Satz, daß der fehlerhafte Staatsakt in der Regel nicht unwirksam, sondern nur vernichtbar" sei, auf der nicht gerade klaren Ausdrucksweise *Jellinek*'s, sodaß *Anschütz Jellinek* zu Unrecht dahin versteht, als sei der zweiseitige Verwaltungsakt bei fehlender Mitwirkung des Betroffenen von vornherein nichtig, also überhaupt nicht vorhanden. Abgesehen davon, daß dieser Einwand bereits von *Jellinek*'s Schüler *Schwertfeger* richtiggestellt wurde [5]), wäre es ja ein glatter Widerspruch in sich selbst, wenn *Jellinek* etwa die Anstellungsverfügung

[1]) Vgl. für viele Kornmann, System S. 306.
[2]) Anschütz, JW 27, 428.
[3]) Vgl. Seidler a. a. O. S. 304.
[4]) Anschütz in JW 27, 428.
[5]) a. a. O. S. 40.

einerseits als Verwaltungsakt mit der Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit begabt wissen wollte, sie andererseits aber bei fehlender Zustimmung von vornherein nichtig sein ließe.

Der von *Trautmann*[1]) gegen *Jellinek* erhobene Einwand bezüglich des Wertes des Urteils und der Urkunden in *Jellinek's* Aufbau seiner Lehre kann ebenfalls nicht überzeugen. Wenn es auch richtig ist, daß Urkunden Gegenstände sind, die einen Gedankeninhalt zum Ausdruck bringen, die Urteile dagegen obrigkeitliche Handlungen darstellen, und nun (richtig) gefolgert wird, daß „die Beamtenanstellung nur mit einer Rechtshandlung, schlecht mit irgendwelchen rechtlichen Gegenständen zu Vergleichszwecken auf eine Stufe“ [2]) zu stellen sei, so geht *Trautmann* schon bei dieser Beweisführung von einer falschen Voraussetzung aus, wenn er *Jellinek* unterstellt, daß dieser „an ihre (Urteile) Stelle die öffentlichen Urkunden gesetzt wissen“ [3]) wolle. Denn *Jellinek* will dies garnicht, will vielmehr beide nur als verschiedene Stufen innerhalb seines Systems ansehen, kommt daher mit Recht zu einer verschiedenen Wertung beider. Die Gegenüberstellung der Rechtshandlung zum Gegenstand beweist doch m. E. gegen *Jellinek's* Theorie sehr wenig — von dem unrichtigen Ansatzpunkt ganz zu schweigen.

Wohl aber ist *Trautmann*[4]) darin zuzustimmen, daß die *Jellinek'sche* Theorie bei den „politischen Beamten“ ins Wanken gerät. Denn gerade bei diesem Typ des Beamten zeigt sich, wie wenig Einfluß der Willensrichtung des Organträgers auf das Dienstverhältnis beizumessen ist, wird doch — etwa beim Wechsel der politischen Willensbildung (Regierungswechsel etc.) — die „zur Dispositionstellung“ durch einseitige Verfügung der Staatsbehörde ausgesprochen, ohne deshalb rechtsunwirksam zu sein, weil ein entsprechender Antrag von seiten des Beamten nicht vorliegt.

Weiterhin ist auch die Inkonsequenz *Jellineks*[5]) beim Antrag auf Entlassung hervorzuheben, wo er *Otto Mayer* Zugeständnisse macht, indem er nämlich das Weiterbestehen der Generalklausel des § 95, II, 10 pr. ALR annimmt, wonach der Beamte zum Ausharren in seiner Dienststelle angehalten werden kann, falls das Aufhören des Dienstverhältnisses einen „erheblichen Nachteil für das gemeine Beste“ auslöst.

Daß *W. Jellinek* diese Lehre an Hand von Entscheidungen der obersten Gerichte ausgebildet hat, ist bekannt. Hierzu an

---

[1]) Diss. S. 34/35.
[2]) Trautmann Diss. S. 35.
[3]) Trautmann, ebd. S. 34/35.
[4]) a. a. O. S. 37.
[5]) VR. S. 355.

diesem Ort noch einmal Stellung zu nehmen, enthebt uns die Dissertation von *Trautmann* — die sich speziell dieses Problem zum Gegenstand ihrer Arbeit gemacht hat — da Neues hierzu nicht weiter zu sagen ist. Nur soviel sei bemerkt, daß die höheren Gerichte ihren Entscheidungen in früheren Jahren die Vertragstheorie zugrundegelegt haben[1]), in späteren die Theorie des einseitigen Staatsakts auf Unterwerfung[2]); neuerdings stellen sie Grundsätze auf, die sich mit dieser letzteren Ansicht kaum vereinbaren lassen, dagegen wohl mit der des zweiseitigen Verwaltungsakts[3]), was z. B. das Reichsgericht RGZ 126, 245 positiv ausgesprochen hat.

Wenn auch die Durcharbeitung der drei Theorien zur Klärung der Rechtsnatur der Anstellung sehr erheblich beigetragen hat, so können sie die Bedürfnisse der Praxis, der Verwaltung und Rechtsprechung nicht voll befriedigen. Einer der Gründe hierzu liegt darin, daß sie mit Begriffen arbeiten, die auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sich noch nicht soweit durchgerungen haben, daß sie allgemein anerkannt und eindeutig sind. Ein weiterer Grund ist der, daß sie noch nicht mit genügender Klarheit herausgestellt haben, welche praktische Folgerungen aus den Begriffen für das Zustandekommen der Anstellung, für das Fehlen von Willenserklärungen oder für Mängel, die ihnen anhaften, sowie für den Inhalt der Anstellung zu ziehen sind. Die Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt wird zweifellos der Rechtswirklichkeit am meisten gerecht[4]).

Wenn auch der maßgebende Gesichtspunkt für *Jellinek* bei der Scheidung des zweiseitigen Verwaltungsakts auf Unterwerfung nicht die Frage nach der Ueberprüfbarkeit überhaupt[5]), sondern die andere nach dem Grade der Nachprüfbarkeit ist, so muß man nach den bisherigen Feststellungen doch *Fleiner*[6]) beistimmen, „daß das Ergebnis zwar richtig ist, aber die Einheitlichkeit der Verfügung um der vom Gesetz geforderten Mitwirkung willen zerrissen wird. Es wird verkannt, daß dem unbestreitbaren praktischen Bedürfnis, welchem die Theorie vom zweiseitigen Verwaltungsakt dienen will, durch einen sinngemäßen Ausbau der Lehre von der Ungültigkeit der Verwaltungsakte genügt werden

---

[1]) RGZ 10, 184; 11, 295; 12, 74; 28, 85; 37, 160; 51, 305; 53, 427; 63, 463; 71, 230; — OVG 13, 138.

[2]) RGZ 84, 220 u. 368; 96, 303; 100, 297; 104, 58 f; 110, 191; RGSt 56, 413 ff; pr. OVG 66, 222; 70, 116 u. 253; 73, 273; 77, 512.

[3]) pr. OVG 78, 251; Bad. Rechtspraxis 1922, S. 25; RGSt 56, 19; RG vom 10.—17. 8. 28 in JW 29, 2332; RG in JW 30, 1180; RGZ 126, 245.

[4]) Daniels, Handb. d. Staatsrecht. 1930. Bd. II. S. 34 ff. 36.

[5]) Schwertfeger, Diss. S. 40.

[6]) Fleiner a. a. O. S. 194; vgl. auch Stier-Somlo a. a. O. S. 579

kann — einer Lehre, die den Rahmen der Verfügung als eines einseitigen Rechtsgeschäfts nicht sprengt, sondern erweitert."

In diesem Sinne soll der von uns zur Kennzeichnung der Beamtenstellung gebrauchte „mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt" verwandt werden[1]). Dieser mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt steht systematisch zwischen dem einseitigen Verwaltungsakt auf Unterwerfung und dem zweiseitigen Verwaltungsakt. In der Konstruktion steht er dem einseitigen Verwaltungsakt auf Unterwerfung nahe, da das Entscheidende der staatliche Akt ist, wobei aber die Mitwirkung eine condicio iuris ist, d. h. also ohne sie ist der staatliche Akt rechtswidrig, da im Rechtsstaat die verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit durch einen gewöhnlichen Hoheitsakt nicht beseitigt werden kann. Denn im Rechtsstaat, im Staat der bürgerlichen Freiheit, ist — um mit *Carl Schmitt* zu reden — die individuelle Freiheitsphäre prinzipiell unbegrenzt, der Wirkungsbereich des Staates prinzipiell begrenzt. In den Folgen dagegen steht der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt dem zweiseitigen Verwaltungsakt nahe und sucht auf diese Weise den Widerspruch zwischen Rechtslehre und Rechtswirklichkeit zu überwinden. An Hand eines Beispiels heißt das: wenn ich ohne meinen Willen (Antrag oder Zustimmung) zum Gemeindefeldhüter ernannt werde, so ist dieser rechtswidrige Akt zwar nicht nichtig, wohl aber vernichtbar; denn das Interesse des Staates erfordert, daß man auf die in ihrem Zustandekommen schwer nachprüfbaren staatlichen Willenserklärungen vertrauen kann, da überdies die Staatserklärungen eine gewisse praesumtio iuris für ihre Rechtsmäßigkeit und Gültigkeit enthalten[2]). Als deutsche Rechtsauffassung müssen wir demnach von diesen Verwaltungsakten sagen, daß die mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte im Zweifel nicht Verwaltungsakte auf Unterwerfung, sondern „zweiseitige Verwaltungsakte" sind[3]), da für das Rechtsleben das Entscheidende die Art der Behandlung der Folgen, nicht der Konstruktion ist.

Alle diese Erörterungen beweisen die selbständige Ausgestaltung des beamtenrechtlichen Rechtsgeschäfts, dessen „zweiseitige" Form nicht dazu verleiten darf, das Vertragsrecht deshalb allein zur Grundlage der beamtenrechtlichen Beziehungen zu machen, weil es in einem anderen Rechtsgebiet positiv geregelt ist[4]). Solange das öffentliche Recht, insbesondere sein Allge-

[1]) ein Ausdruck, der von meinem Lehrer, Professor Dr. F. Genzmer, stammt.

[2]) Vgl. für viele Schoen a. a. O. S. 266; v. Hippel a. a. O. S. 74; Kornmann S. 217/18; O. Mayer VR I., 98; II, 266; Fleiner a. a. O., S. 196/97; Schwertfeger.

[3]) So auch Fleiner a. a. O. Jellinek, VR S. 34. S. 252; Stier-Somlo a. a. O. S. 579.

[4]) Vgl. Jaschkowitz a. a. O. S. 378.

meiner Teil, keine Kodifikation erfahren hat, hat der Richter wie der Wissenschaftler die hohe Aufgabe, an seiner Ausbildung und Ausgestaltung mitzuarbeiten. Mag das positive Recht hierfür eine wichtige Grundlage bilden, die eigentliche Wurzel ist im Schoße der Rechtsordnung zu suchen, die, losgelöst vom starren Gesetz, das lebendige Recht verkörpert. Das ist der Sinn der Prinzipienjurisprudenz Joseph Kohlers: „Der Jurist muß Gesetzeskundiger sein, aber er darf nicht bloß Gesetzeskundiger sein!"

Lebenslauf.

Am 16. September 1909 wurde ich, Jobst Wilh. Herrmann, als vierter Sohn des Amtsgerichtsrats Wilhelm Herrmann und seiner Ehefrau Margarethe geb. Krieg zu Alsleben a. Saale geboren. In Folge Uebersiedlung nach Mühlhausen i. Thür. besuchte ich hier drei Jahre die Vorschule und neun Jahre das Gymnasium, das ich mit dem Reifezeugnis verließ. Dann widmete ich mich dem Rechtsstudium an den Universitäten Freiburg i. Brsg. (2 Sem.), München (1 Sem.), Berlin (1 Sem.), Marburg a. L. (3 Sem., davon 1 beurlaubt). Am 11. Mai 1932 bestand ich am OLG Kassel das Referendarexamen, am 28. Juli 1932 an der Universität Marburg die Doktorprüfung.